Das Eigentümergrundpfandrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Theodor Bauer
Referendar aus Bochum.

Marburg 1930.

Buchdruckerei Joseph Braun in Bochum.

Als Dissertation angenommen am 21. Juli 1930.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Andenken
an meine Mutter!

Gliederung.

Einleitung:

§ 1: Allgemeines.

§ 2: Geschichtliche Entwicklung des Eigentümergrundpfandrechtes.

Ausführung:

1. Teil: Die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes.

A: Voraussetzungen.

I. Originärer Erwerb.

§ 3: Die Forderung kommt mangels Valutazahlung nicht zur Entstehung.

§ 4: Bei der Briefhypothek ist der Brief nicht übergeben worden.

§ 5: Einige andere Fälle des originären Erwerbes.

II. Derivativer Erwerb.

§ 6: Entstehung durch Befriedigung seitens des Eigentümers.

§ 7: Entstehung durch Verzicht des Gläubigers und durch Schuldübernahme ohne Einwilligung des für die Schuld haftenden Eigentümers.

B: Der Zeitpunkt des Entstehens und seine Bedeutung.

§ 8: Beim originären Erwerb entsteht das Recht mit der Eintragung im Grundbuch, anders beim derivativem Erwerb.

2. Teil: Die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes.

A: Die am meisten vertretenen Ansichten und Kritik derselben.

§ 9: Ihering, Hachenburg.

§ 10: Die Wertparzellentheorie von Oberneck und die Wertteilstheorie von Endemann und Fuchs.

§ 11: Das Eigentümergrundpfandrecht ist ein wirkliches Pfandrecht, so h. M.

B: Ergebnis der Prüfung.

§ 12: Das Eigentümergrundpfandrecht ist kein Verwertungsrecht, sondern nur ein Erwerbsrecht, ein Recht auf Zwangserlös.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerl. Gesetzbuch 11. Auflage 1923.
Biermann: Sachenrecht, 3. Auflage 1914.
Böhm: Das materielle und formelle Grundbuchrecht 1889, im „Recht" 1905.
Bruck: Die Eigentümerhypothek, 1903.
Colberg: Ueber die geschichtliche Entwicklung der Eigentümerhypothek und ihre Bedeutung nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1905.
Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Sachenrecht 1924.
Crome: System des bürgerl. Rechts, 1905 3. Bd. Rechte an Sachen und Rechten.
Chesne, du: Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers in D. J. Z. 1905 S. 803 f.
Dernburg: Pandekten 5. Auflage 1896.
Dernburg: Sachenrecht 4. Auflage 1908.
Eccius: Preußisches Privatrecht.
Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1905.
Endemann, Wilhelm: Der Kredit als Gegenstand der Rechtsgeschäfte in Zeitschr. f. Handelsrecht 4, S. 191 ff.
Fahle: Die ungebuchte Eigentümerhypothek. Diss. Jena 1906.
Fischer-Schäfer: Die Zwangsvollstreckung 2. Aufl. 1910.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht 7. Aufl. 1896.
Fuchs: Grundbuchrecht 1902.
Ganz: Die Eigentümerhypothek im bürgerl. Gesetzbuch. Diss. Freiburg 1903.
Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung 3. Auflage.
Gierke: Deutsches Privatrecht 1905: Sachenrecht.
Goldmann-Lilienthal: Das BGB. systematisch dargest. 1912.
Goldschmidt: Noch einmal die Eigentümerhypothek, im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 20.
Grundmann: Das Pfandrecht an der eigenen Sache. Diss. Leipzig 1904.
Güthe: Die Reichsgrundbuchordnung 4. Auflage 1925.
Güthe: Die künftige Eigentümerhypothek, in Z. D. Not V. 1906 S. 729 ff.
Hachenburg: Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches 1895.
Hachenburg: Das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge 2. Auflage 1900.
Hagen, von der: Die Eigentümerhypothek 1836.
Hein: Zwangsversteigerung 2. Auflage 1914.
Hemer: Begriff und Wesen der Eigentümerhypothek. Diss. Marburg 1929.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht 1900.
Hirsch: Die vorläufige Eigentümerhypothek im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 222 ff.

Hecking: Die Vereinigung von Hypothek und Eigentum in einer Person. Diss. Leipzig 1903.
Hoffmann: Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marb. 1917.
Horn: Die Eigentümerhypothek 1906.
Jaeckel-Güthe: Zwangsversteigerungsgesetz 6. Aufl. 1929.
Kindel: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in der Festschrift für Koch 1903.
Kommentar: der Reichsgerichtsräte, 6. Auflage 1928.
Kretzschmar: Sachenrecht.
Leonhard: Bürgerl. Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen 2. Auflage 1926.
Leonhard: Die Beweislast 2. Auflage 1926.
Meibom, von: Mecklenburgisches Hypothekenrecht 1871.
Nußbaum: Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens 2. Auflage 1921.
Oberneck: Reichsgrundbuchrecht 4. Auflage 1909.
Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis in Gruchot. Beitr. 47 S. 306 ff.
Oertmann: Bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar 3. Auflage.
Planck: Sachenrecht 4. Auflage 1920.
Predari: Grundbuchordnung 1903.
Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozesses 2. Auflage 1929.
Soergel: Bürgerl. Gesetzbuch 2. Bd. 1929.
Schmidt: Höchstbetragshypothek und Eigentümerpfandrecht. Diss. Marburg 1927.
Schroeder: Zur Lehre von der Eigentümerhypothek im ZBL. f. F. G. 7 S. 472.
Stein-Jonas: Zivilprozeßordnung 2. Bd. 1929.
Sattler: Die Eigentümerhypothek des BGB. Diss. Jena.
Stegner: Die Eigentümerhypothek nach dem heutigen Rechte. Diss. Leipzig 1907.
Steudinger: Kommentar zum BGB. 1926.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht 2. Auflage.
Wolff, Martin: Sachenrecht 1927.
Winter: Die Eigentümerhypothek im heutigen Rechte. Diss. Göttingen 1909.

Zeitschriften.

Archiv für bürgerliches Recht.
Das Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Entscheidungen des Kammergerichts.
Juristische Wochenschrift.
Iherings Jahrbücher.
Leipziger Zeitschrift.
Neumanns Jahrbücher.
Seufferts Archiv.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit.

§ 1: Allgemeines.

Der Name Eigentümergrundpfandrecht ist für die vorliegende Arbeit nicht gewählt worden, um dem alten Streit, ob Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld aus dem Wege zu gehen, sondern um zunächst einmal den Oberbegriff zu bestimmen. Denn sowohl Hypothek wie Grundschuld sind Belastungen des Grundstücks, also Grundpfandrechte. Nach der h. M. ist die Hypothek akzessorisch, die Grundschuld aber unabhängig von einer Forderung. Aus diesem Grunde — so sagt die h. M. — könne das Eigentümergrundpfandrecht niemals Hypothek sein, denn es fehle ihm eines der Erfordernisse, die § 1113 BGB. für den Begriff der Hypothek verlange, nämlich die Forderung. Dem steht aber der klare Wortlaut des § 1163 BGB. entgegen: Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die „Hypothek" dem Eigentümer zu.[1]) Und § 1163 Abs. 2: „Eine Hypothek", für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu. § 1163 sagt also einleuchtend, daß die Hypothek im Entstehen und Bestehen von einer Forderung unabhängig ist.[2]) Nur in einem Punkt ist die Hypothek „akzessorisch", und dies ist bezüglich ihrer Verwertungskraft. (§§ 1163, 1177, 1197, 1137.) Deshalb aber die Hypothek ganz allgemein als akzessorisch zu bezeichnen, ist für das heutige Recht sehr ungenau und nur so zu verstehen, daß es der romanistischen Theorie zuliebe geschieht. Was also von der ganzen akzessorischen Natur der Hypothek übrig bleibt, kann man dahin zusammenfassen, daß das Geltendmachen der Hypothek durch Klage von einer Forderung abhängig ist, daß also ohne Forderung keine Klagbarkeit gegeben ist.

Betrachtet man nun die Grundschuld, so sieht man, daß es hierbei im Wesentlichen genau so ist. Zwar ist die Grundschuld nach § 1191 von der Forderung unabhängig, aber auch hier kann auf den Mangel der Schuld eine Bereicherungseinrede gestützt werden.[3]) Es ist also genau wie bei der Hypothek eine Klage ohne Forderung aussichtslos. Ganz überflüssig ist aber m. E. die Unterscheidung zwischen Hypothek und Grundschuld beim Eigentümergrundpfandrecht. Denn gerade hier fehlt auch noch das letzte Stückchen Akzessorität, die Verwertungskraft, also der „Hauptunterschied", und die anderen Unterscheidungen — daß bei der Hypothek die Forderung genannt wird, daß der der Grundschuldbrief anders als beim Hypothekenbrief auf den

---

[1]) A. A. Bruck a. a. O. der in § 1163 nur eine irreführende Terminologie sieht.
[2]) Siehe auch Leonhard S. 147.
[3]) So auch Leonhard S. 152.

Inhaber ausgestellt wird und daß die Grundschuld entgegen der Hypothek auch für den Eigentümer bestellt werden kann — sind ohne grundsätzliche Bedeutung. Man könnte deshalb das Eigentümergrundpfandrecht trotz der Bestimmung des § 1177 sowohl Eigentümerhypothek wie Eigentümergrundschuld nennen. So auch Staudinger[4]) und Ebbeke.[5]) Danach bildet das Eigentümergrundpfandrecht in der Hand des Eigentümers ein besonderes Recht, das hinsichtlich der Verfügung hierüber und der Pfändung, sowie in der Zwangsvollstreckung genau so behandelt wird, als ob eine dem Eigentümer gehörige Hypothek bestände.

Da aber eine Unterscheidung, ob Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld für das Ziel der Arbeit keine so besonders große Rolle spielt, so wird in den weiteren Ausführungen die einheitliche Bezeichnung Eigentümergrundpfandrecht gebraucht werden.

Das Eigentümergrundpfandrecht dient, wie alle Pfandrechte am Grundstück, dem modernen Realkredit. Es ist bekannt, daß sich der Grundstückseigentümer, wenn er sein Grundstück als Sicherheit in Aussicht stellt, viel eher Geldmittel verschaffen kann, als derjenige, der sich nur persönlich verpflichtet. Denn der Wert eines Grundstücks ist weit durchsichtiger als die Vermögenslage eines Schuldners, sodaß der Personalkredit von selbst hinter den Realkredit tritt. Der Grundstückseigentümer wird daher auch ein Kapital unter weniger harten Bedingungen bekommen, wenn er seinem Gläubiger für das Darlehn ein Pfandrecht an seinem Grundstück bestellt.

Von besonderer Bedeutung ist es nun für das Grundbuchrecht, daß ein Recht an einem Grundstück nicht dadurch erlischt, daß der Eigentümer des Grundstücks dieses Recht erwirbt. Damit kommen wir zur eigentlichen wirtschaftlichen Bedeutung des Eigentümergrundpfandrechtes. Dadurch, daß beim Zusammentreffen von Eigentum und Pfandrecht das Pfandrecht nicht untergeht, sodaß auch etwaige nacheingetragene Pfandgläubiger nicht aufrücken, bleibt dem Eigentümer der wertvolle Rang und damit auch die Möglichkeit seiner späteren Verwertung erhalten. Will also der Eigentümer wieder ein Darlehn aufnehmen, so kann er seinem neuen Gläubiger nicht nur einen Rang nach den bisher Eingetragenen einräumen, sondern er kann seinem Geldgeber sein Eigentümergrundpfandrecht als Hypothek oder Grundschuld anbieten. Daß die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentümergrundpfandrechtes schon sehr früh erkannt wurde, zeigt ihre geschichtliche Entwickelung.

§ 2: Geschichtliche Entwicklung des Eigentümergrundpfandrechtes.

Als Regel galt im römischen Recht der Satz: pignus suae rei consistere non potest: Es gibt kein Pfandrecht an der eigenen Sache, und ersteres erlischt, wenn sich Eigentum und Pfandrecht in einer Hand vereinigen. Diese Auffassung hängt mit der

[4]) a. a. O. I 4 zu § 1177.
[5]) Recht 1912 S. 463.

Lehre von der Totalherrschaft des Eigentums zusammen. Da hiernach das Eigentum die größtmöglichste Herrschaft einer Person über eine Sache ist, sind daneben beschränkte Rechte an derselben Sache nicht denkbar. Dazu kam, daß ein Pfandrecht nur zur Sicherung einer Forderung bestellt wurde, und da der Eigentümer eine Forderung nicht gegen sich selbst haben konnte, so war auch wegen seiner akzessorischen Natur ein Pfandrecht an der eigenen Sache nicht denkbar.

Trotzdem finden wir aber in den Digesten an mehreren Stellen[6]) auch Ausnahmen von dem obigen Grundsatz. Sie betreffen die Fälle, daß ein vorgehender Pfandgläubiger das Eigentum an der Pfandsache erwirbt, daß der Eigentümer ein vorgehendes Pfandrecht und daß ein dritter gleichzeitig das Eigentum an der Pfandsache und ein vorgehendes Pfandrecht erlangte. Ueber die Auslegung gerade dieser 3 Fälle herrscht jedoch in der Literatur Streit. Manche gehen so weit, daß sie dieses Pfandrecht an der eigene Snache für einen „monströsen Begriff" halten, das durchaus nicht in das System des corpus iuris hinein passe.[7]) Trotzdem die angeführten Quellenstellen die verschiedenste Deutung erfahren haben, halte ich gerade diese Stellen für Belege dafür, daß das römische Recht auch ein Pfandrecht an der eigenen Sache kannte, und daß gerade in den strittigen drei Fällen Anklänge an das Eigentümergrundpfandrecht vorhanden sind. Zwar meint Dernburg[8]), daß dem Pfandgläubiger, der das Eigentum an der verpfändeten Sache erworben hat, nur diejenigen Sicherungsmittel erhalten würden, die er vorher als vorstehender Pfandgläubiger gegenüber dem nachstehenden besessen habe. Aber das läuft doch praktisch darauf hinaus, daß der Pfandgläubiger und jetziger Eigentümer ein wirkliches Pfandrecht an der eigenen Sache besitzt. Diese Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß es kein Pfandrecht an der eigenen Sache gibt, findet auch ihre Rechtfertigung, und zwar besonders in praktischen Gründen, da das Pfandrecht an der eigenen Sache zur Aufgabe hat, Schutz gegen nachstehende Pfandgläubiger zu gewähren.[9]) Damit kann also festgestellt werden, daß bereits das römische Recht ein Rechtsgebilde kannte, das mit dem Eigentümergrundpfandrecht nach dem BGB. zu mindestens gewisse Wesensähnlichkeit besaß.

Die römische Lehre von der grundsätzlich akzessorischen Natur des Pfandrechts beherrschte auch das gemeine Recht und hatte auch in der preußischen Hypothekenordnung von 1783 und in dem allgemeinen Landrecht von 1794 Aufnahme gefunden.

---

[6]) I 30 § 1 D. de exc. rei judic. 44, 2.
I 59 (61) pr. D. ad S. C. Treb. 36, 1.
I 19 D. qui pot. 20, 4.
I 3 § 1 D. de distre. pign. 20, 5.

[7]) Puchta, a. a. O. S. 296, Anm.

[8]) a. a. O. S. 570, 571.

[9]) DI 17 qui pot. 20, 4 eatenus tuendum, quatenus ad priorem ex pretio pervenit.

Demgemäß bestimmte das A. L. R. in I, 16 §§ 482—484, I, 20 §§ 1, 20, 55, 415, daß das Hypothekenrecht von der Gültigkeit eines zu sichernden Anspruchs abhängt und mit der Tilgung der Hauptforderung, der die Konfusion oder Konsolidation gleichsteht, erlischt. Dieser Einfluß des römischen Rechts hatte sich also der Entwickelung des Eigentümergrundpfandrechtes hinderlich in den Weg gestellt und insbesondere in der Wissenschaft des preußischen Rechts[10]) das Verständnis für die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes erheblich erschwert. Erst auf Grund eines Gutachtens der Gesetzeskommission vom 10. Juli 1802 wurde das Eigentümergrundpfandrecht durch den Anhangsparagraphen 52 zu I, 16 § 484 des A. L. R. eingeführt. Dieser bestimmt nämlich, daß Schuldforderungen, die im Hypothekenbuch eingetragen waren, — wenn sie durch Erbgangsrecht oder aus einem anderen Rechtsgrunde auf den Eigentümer des verpfändeten Grundstückes übergingen, — durch die bloße Vereinigung mit dem Eigentüm in einer Person nicht untergehen, sondern bis zur Löschung selbständig fortbestehen sollten. Trotzdem blieb streitig, ob das Pfandrecht auch dann weiter fortbestehen sollte, wenn der Eigentümer des Grundstücks die Forderung getilgt hatte. Dieser in der Praxis wohl häufigste Fall wurde durch eine Deklaration zu dem § 52 des Anhangs vom 3. April 1824 geklärt. Danach sollte der § 52 auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Eigentümer die durch Hypothek gesicherte Forderung durch Zahlung getilgt und die Post im Hypothekenbuche nicht hatte löschen lassen. Zu dieser Bestimmung kam man, in dem man dem zahlenden Eigentümer alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek gab, ihn also an der eigenen Sache zum creditor hypothecarius cum iure praelationis[11]) machte.

Damit war man einem wirtschaftlichen Bedürfnis im Grundstücksverkehr gerecht geworden, überließ aber im übrigen der Wissenschaft, die rechtliche Natur dieses dem landrechtlichen Hypothekensystem zuwiderlaufenden Begriff des Pfandrechts an der eigenen Sache von sich aus zu klären.

Durch den wirtschaftlichen Aufschwung Preußens-Deutschlands um die Mitte des vorigen Jahrhunderts trat der Realkredit immer mehr in den Vordergrund. Um dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit zu geben, über eine freigewordene Hypothekenstelle nach seinem Belieben zu verfügen, und den wertvollen Rang nicht durch Aufrücken der nacheingetragenen Gläubiger zu verlieren, erkannte das preußische Eigentumserwerbsgesetz (E. E. G.) vom 5. Mai 1872 das Institut des Eigentümergrundpfandrechtes an. Ohne aber, wie das A. L. R. nur den Fall der Zahlung ins Auge zu fassen, regelte das E. E. G. ganz generell die Fälle, in denen eine Tilgung durch den Eigentümer oder die Vereinigung der Person des Gläubigers mit der des belasteten Eigentümers eintrat. Trotzdem hat es dabei vermie-

[10]) Vgl. Förster-Eccius, a. a. O. S. 566 ff.
[11]) Förster-Eccius, a. a. O. S. 565.

den, eine bestimmte theoretische Auffassung auszusprechen. Es heißt einfach:
§ 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise befriedigt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten.

§ 64: Der eingetragene Eigentümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Posten auf seinen Namen umschreiben zu lassen, oder über sie zu verfügen.
§ 65: Ein gleiches Recht hat der eingetragene Eigentümer, welcher die Hypothek oder Grundschuld von Todes wegen erworben hat, auf Grund des Testaments, des Erbvertrags oder der Erbbescheinigung.

Hat derselbe die Post als Vermächtnisnehmer erworben, so bedarf es zur Umschreibung der Einwilligung des Erben oder seiner rechtskräftigen Verurteilung zu derselben.
§ 66: Erwirbt der Gläubiger das verpfändete Grundstück, so kann er die Hypothek oder Grundschuld auf seinen Namen stehen lassen oder über sie verfügen.

Aber auch eine weitere Aenderung weist das E. E. G. gegenüber dem A. L. R. auf. Das Gesetz macht den Eigentümer nicht zum creditor hypothecarius, sondern gibt ihm einfach das Recht, über die Hypothek zu verfügen. Hierin zeigt sich schon deutlich der Einfluß des deutschen Rechts, das den Grundsatz der Akzessorietät nicht kennt, und das sich trotz der weit verbreiteten römischen Lehre ziemlich rein in Norddeutschland, vor allem in Mecklenburg erhalten hatte.

Dieses war in großen Zügen die Entwickelung des Pfandrechts an der eigenen Sache, als sich die Verfasser des B. G. B. darüber klar werden mußten, welche rechtliche Gestaltung sie dem für den Grundstücksverkehr notwendigen Eigentümergrundpfandrecht geben sollten. Naheliegend war zunächst, daß man sich auf den Standpunkt des preußischen Rechts stellte. So ließ denn auch der 1. Entwurf ein Eigentümergrundpfandrecht in denselben Fällen wie das E. E. G. entstehen. Der 2. Entwurf allerdings, der dann als Gesetz angenommen wurde, brachte eine erhebliche Aenderung. Das Eigentümergrundpfandrecht erfuhr eine derartige Ausgestaltung, daß, obwohl man die Grundsätze des römischen und deutschen Rechts vereinigte, das deutsche Recht in der Frage der Akzessorietät von bestimmenden Einfluß wurde.

Die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes.

§ 3: Die Forderung kommt mangels Valutazahlung nicht zur Entstehung.

Zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht ist nach § 873 Abs. 1 BGB. die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Da

das Eigentümergrundpfandrecht nur eine besondere Art der Grundkreditbelastung ist, gilt der allgemeine Grundsatz des § 873 zunächst auch hierfür. Hinzu kommt aber noch das bei den Grundstückspfandrechten hinsichtlich der Vereinigung des Eigentums mit dem begrenzten dinglichen Recht in Frage kommende Rechtsprinzip des § 889 BGB.: Ein Recht an einem fremden Grundstück erlischt nicht dadurch, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Nach der geschichtlichen Entwickelung, die das Eigentümergrundpfandrecht im römischen und preußischen Recht genommen hat, bedeutet der § 889 BGB. nur eine Aufrechterhaltung des Satzes, daß in gewissen Fällen bei der Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht das letztere nicht untergeht; § 889 enthält also eine förmliche Anerkennung des Pfandrechts an der eigenen Sache, des Eigentümergrundpfandrechtes. Die grundlegenden Vorschriften über das Eigentümergrundpfandrecht selbst finden sich in den §§ 1163, 1168, 1170, 1143.

§ 1163, Abs. I, Satz 1 sagt:

Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Hiermit zeigt das Gesetz, daß es durchaus gewillt ist, sich dem Wirtschaftsleben anzupassen. Denn die Gründe, aus denen die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, sind äußerst mannigfaltig. Da es der Regelfall ist, daß der Darlehnsgeber erst dann das Geld hergibt, wenn er weiß, daß ihm für sein Darlehn das Grundstück haftet, so muß also der geldsuchende Grundstückseigentümer schon vor dem Empfang des Geldes sein Grundstück belasten lassen. Aus diesem Grunde steht also der Geldgeber schon eher als Gläubiger im Grundbuch eingetragen, als er überhaupt Kredit gewährt hat. Damit aber keine Komplikation eintreten kann, bestimmt das Gesetz in § 1163 Abs. 1 Satz 1, daß, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, die Hypothek dem Eigentümer zusteht. Wie bereits oben gesagt, gibt es zahlreiche Gründe, aus denen die Forderung nicht zur Entstehung gelangt. So kann es geschehen, daß das Darlehn, zu dessen Sicherung die Hypothek dienen soll, trotz vorhergehender Zusicherung nicht ausgezahlt wird. Möglich ist aber auch, daß der Dahrlehnsvertrag wegen Wuchers, Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers oder Schuldners nichtig ist, oder mit Erfolg wegen Irrtums oder Betruges angefochten ist.[12]) Schließlich könnte auch der Fall gegeben sein, daß die Forderung aufschie-

[12]) So u. a. Dernburg a. a. O. S. 648; Planck a. a. O. S. 637; J. J. Z. 1907 S. 109 ff; K. G. 27 A. 128.

bend bedingt war, die Bedingung aber noch nicht eingetreten[13]) oder schon ausgefallen ist. In allen diesen Fällen fehlt es an der Voraussetzung für die Begründung des Schuldverhältnisses: Die Forderung ist nicht zur Entstehung gelangt. Es fehlt also an einem Berechtigten, und deshalb bestimmt § 1163 Abs. 1 Satz 1, daß die Hypothek dem Eigentümer zusteht.

Wenn bisher erörtert worden ist, welches Schicksal die Hypothek bei einem Mangel des ihr zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisses erleidet, so bleibt noch der Fall, daß das dingliche Recht, die Hypothek selbst nicht entsteht. Da nach § 873 zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowohl die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils und die Eintragung in das Grundbuch erforderlich sind, so kann doch der Fall eintreten, daß es an einer dieser beiden Voraussetzungen fehlt. So kann trotz der vorliegenden Einigung die Eintragung unterblieben sein. Möglich est auch, daß es, wenn die Hypothek bereits eingetragen ist, an einem der Erfordernisse des § 1115 (Gläubiger, Geldbetrag, Zinsfuß) mangelt.

Schließlich könnte auch der dingliche Vertrag, die Einigung selbst nichtig oder angefochten sein. Da nach dem Wortlaut des Gesetzes nur verlangt wird, daß die Forderung nicht entstanden, nicht aber auch, daß die Hypothek als solche gültig bestellt sei, so fragt es sich, ob in einem der oben angeführten Fälle ein Eigentümergrundpfandrecht entsteht oder nicht. Die Meinungen gehen hierüber auseinander. Oberneck[14]), Goldschmidt[15]) und Fuchs[16]) bejahen die Frage, und zwar stützen sie ihre Ansicht auf den Wortlaut des Gesetzes. Außerdem führt Fuchs aus, wäre es eine große Inkonsequenz, daß z. B. bei nicht empfangener Valuta der Eigentümer die Hypothek nur dann erwürbe, wenn der Gläubiger die Hypothek angenommen, nicht aber dagegen wenn er sie nicht angenommen habe. Dazu käme, daß sich in manchen Fällen durchaus nicht erkennen lasse, ob nur das Schuldverhältnis oder auch der dingliche Vertrag von Willensmängeln (Zwang usw.) beeinflußt sei. Nachdem man einmal prinzipiell das Eigentümergrundpfandrecht gebilligt habe, müsse konsequenterweise auch in dem Falle, daß eine unwirksame Hypothek eingetragen sei, ein Eigentümergrundpfandrecht entstehen.

Die Argumentation ist aber durchaus nicht zu billigen. Richtig ist zwar, daß das Gesetz nicht sagt, daß zur Entstehung eines

---

[13]) Vgl. Planck a. a. O. S. 638; Bruck a. a. O. S. 175. Dagegen aber Dernburg a. a. O. S. 618, der annimmt, daß, so lange bei einer aufschiebend bedingten Forderung der Nichteintritt der gesetzlichen Bedingung nicht endgültig feststehe, es in der Schwebe sei, ob der eingetragene Hypothekengläubiger oder der Grundstückseigentümer Berechtigter sei. Siehe hierzu aber unter § 8.

[14]) a. a. O. S. 457 ff.

[15]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 20, S. 29 ff.

[16]) Zu § 1163 Anm. 5.

Eigentümergrundpfandrechtes die gültige Bestellung eines Pfandrechts erforderlich ist. Es zählt aber kasuistisch gerade die Umstände auf, durch deren Eintreten die Entstehung der Hypothek als Fremdhypothek verhindert wird, die Hypothek vielmehr als Eigentümergrundpfandrecht bestehen bleibt. Durch dieses Aufzählen zeigt es aber, daß in diesen Fällen nur der Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger, nicht dagegen durch den Eigentümer ausgeschlossen ist, daß aber alle Voraussetzungen für die Entstehung des dinglichen Rechts auch für die Entstehung des Eigentümergrundpflandrechtes erforderlich sind.[17])

Die Unhaltbarkeit der von Oberneck, Fuchs usw. vertretenen Ansicht, daß nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 ein Eigentümergrundpfandrecht auch dann entstehe, wenn das dingliche Recht noch entstanden ist, ergibt sich auch aus den Protokollen zur 2. Lesung des BGB. Es war ein Antrag eingebracht worden, „daß die Vorschriften über die Eigentümerhypothek auch dann Anwendung finden sollten, wenn eine eingetragene Hypothek unwirksam sei, es sei denn, daß sich die Unwirksamkeit aus dem Grundbuch ergebe".[18]) Der Antrag wurde aber mit Stimmenmehrheit abgelehnt, und zwar mit der Begründung, „daß die in diesem Antrag vorgeschlagene Bestimmung auf eine Ueberspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe, und daß kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers in dem dort vorgeschlagenen Maße zu vergrößern.[19])

Wenn man sich auch im Allgemeinen zur Begründung einer Ansicht nicht allein auf die Motive beziehen soll, da nicht diese Gesetz geworden sind, so kann man sie sehr wohl in einem Falle wie den vorliegenden zur Klärung heranziehen. Denn damals wie heute steht man auf dem Standpunkt, daß auch dem Eigentümergrundpfandrecht Grenzen gezogen sind. Nicht kann man, wie Grundmann und andere, aus dem Gesetz gerade ein Prinzip des Eigentümergrundpfandrechtes herauslesen, mit dessen Hilfe die „Lücken" des Gesetzes ausgefüllt werden müßten.

Streitig ist auch die Frage, ob bei einer bloßen Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek die Vorschriften über das Eigentümergrundpfandrecht Anwendung finden. Nach § 883 B. G. B. kann ein obligatorischer Anspruch auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück durch Eintragung einer Vormerkung dinglich gesichert werden. Bruck[20]), Kindel[21]) und einige anderen nehmen an, daß, wenn das vorgemerkte Recht z. B. eine Hypothek nicht zur Entstehung gelangt, der Eigentümer diese nur vorgemerkte Hypothek trotzdem als Eigentümergrundpfandrecht erwerbe. Gestützt wird diese Ansicht insbesondere auf § 883 Abs. 2 und Abs. 3. § 883 Abs. 2 bestimmt, daß eine Verfügung, die nach der Eintragung einer Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln

[17]) Planck a. a. O. zu § 1163 Anm. 2.
[18]) Prot. III S. 594.
[19]) Prot. III S. 604. — A. A. Grundmann a. a. O. S. 59.

oder beeinträchtigen würde. Und nach Abs. 3 rangiert ein später eingetragenes Recht nach der Vormerkung. Als Konsequenz dieser beiden Sätze stellen nun die Anhänger der oben angeführten Ansicht zunächst fest, daß das Rangverhältnis, also der Wertmesser der einzelnen Realrechte nur abhängig von dem Datum der Vormerkung und nicht von dem der definitiven Bestellung des vorgemerkten Rechts ist. Daraus aber, daß die Vormerkung ranggebend sei, gehe hervor, daß bereits eine Belastung des Grundstücks eingetreten sei, denn sie reserviere dem Berechtigten eine ganz bestimmte Stelle, an der ein Dritter ein Recht nicht mehr geltend machen kann. Unbestimmt sei nur noch ob der Vorgemerkte auch wirklich den Anspruch auf die Hypothek erwerben werde.[22]) Diese Ansicht ist aber unhaltbar. Sie baut auf der falschen Grundlage auf, daß die Vormerkung bereits ein Recht an einem Grundstück ist. In Wirklichkeit dient die Vormerkung nur dazu, um einen persönlichen Anspruch auf eine ein Grundstück betreffende Rechtsänderung vorläufig sicher zu stellen. Gewiß wird damit auch ein Rang bestimmt, aber nur für ein erst endgültig festzustellendes Rechtsverhältnis. Eine Belastung des Grundstücks ist also im Augenblick der Eintragung der Vormerkung noch nicht erfolgt. Wenn aber ein Pfandrecht noch nicht entstanden ist, so kann auch daraus nach der durchaus herrschenden Lehre kein Eigentümergrundpfandrecht werden.[23])

§ 4: Bei der Briefhypothek ist der Brief nicht übergeben worden.

Während § 1163 Abs. 1 die Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechtes bei allen Hypotheken gleichgültig ob Buch- oder Briefhypothek, ob Verkehrs- oder Sicherheitshypothek regelt, gibt das Gesetz in § 1163 Abs. 2 eine Vorschrift, die, da nach § 1185 bei Sicherheitshypotheken die Bildung eines Briefes ausgeschlossen ist, nur für Briefhypotheken gilt.

§ 1163 Abs. 2 bestimmt nämlich, daß eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zusteht. Dies ist die Konsequenz des in § 1117 vertretenen Satzes, daß der Gläubiger, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, die Hypothek erst erwirbt, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird. Die Hypothek ist hier schon entstanden, da die nach § 873 erforderliche Einigung und Eintragung gegeben sind.

---

[20]) a. a. O. S. 170.
[21]) a. a. O. S. 167.
[22]) Bruck a. a. O. S. 171: „Die durch die Vormerkung geschaffene Grundstückshaftung ist nichts anderes als die freiwillige oder erzwungene (§ 885 BGB.) Erklärung des Eigentümers, daß sein Grundstück oder ein bestimmter Teil desselben haften soll, um als Sicherung zu dienen, wenn der Anspruch liquid wird.
[23]) So auch R. G. Z. 65/260 ff.

§ 1163 Abs. 2 trifft also nur eine Regelung für die Zeit zwischen der Entstehung und dem Erwerbe der Hypothek durch den Gläubiger. Daß dieses Recht bis zur Uebergabe dem Eigentümer zustehen soll, ist auch nur aus dem wirtschaftlichen Zweck der Briefhypothek zu verstehen. Regelmäßig wird der Geldgeber das Kapital nur gegen Aushändigung des Hypothekenbriefes hergeben. Die Bestimmung des § 1163 Abs. 2 ist nun deshalb eingeführt worden, um einer etwaigen Gefahr zu entgehen, die dadurch entstehen könnte, daß der bereits als Hypothekengläubiger im Grundbuch eingetragene Geldgeber für den Eigentümer nachteilige Verfügungen trifft. Oder wie aus den Protokollen[24]) hervorgeht, ermögliche es diese Vorschrift, „daß bei der Bestellung der Hypothek für ein Darlehn die Hingabe des Darlehns und der Erwerb der Hypothek Zug um Zug erfolgt." Dazu kommt, daß durch diese Vorschrift die Verkehrsfähigkeit des verbrieften Rechtes erhöht werden soll, derart, daß das Recht aus der Hypothek in gewisser Weise mit dem Recht an dem Papier verknüpft wird.[25]) Außerdem spielen hier auch die im § 3 angeführten Gründe eine Rolle für den Fall nämlich, daß die Forderung mangels Valutazahlung nicht zur Entstehung gelangt ist.

Die Hypothek steht also dem Eigentümer bis zur Uebergabe des Briefes zu. § 1117 Abs. 1 Satz 2 bestimmt nun weiter, daß auf die Uebergabe die Vorschriften der §§ 929 Satz 2, 930, 931 Anwendung finden. Der Gläubiger würde also durch eine einseitige Besitzergreifung des Briefes oder in dem Fall, daß die Aushändigung des Briefes an ihn durch das Grundbuchamt ohne Zustimmung des Eigentümers erfolgte, die Hypothek noch keineswegs erwerben, sondern erst durch eine nachträgliche Einigung über den Uebergang des Eigentums auf ihn (§ 929 Satz 2). Hierher gehört auch der praktisch häufige Fall, daß das Grundbuchamt noch im Besitz des Briefes ist, der Gläubiger aber berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Durch die Verweisung des § 1117 Abs. 1 Satz 2 auf § 931 ist auch dieses möglich, denn § 931 besagt, daß, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, die Uebergabe dadurch ersetzt werden kann, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Zum Ueberfluß bestimmt noch § 1117 Abs. 2, daß die Uebergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt werden kann, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen.

Festzuhalten ist also, daß der Gläubiger die Hypothek erst mit der Uebergabe des Briefes bezw. der nachträglichen Einigung über den Uebergang erwirbt, die Hypothek aber bis zu diesem Zeitpunkt dem Eigentümer als Eigentümergrundpfandrecht zusteht. Diese durch das Gesetz selbst getroffene Bestimmung kann auch nicht einfach dadurch negiert werden, daß man

---

[24]) Prot. III S. 729.
[25]) Vgl. §§ 1154, 1155 BGB.; §§ 830, 857 ZPO.

sich, wie Kretzschmar es tut, auf den Standpunkt des Gläubigers stellt, und es für höchst unbillig und unzulässig hält, daß der Grundstückseigentümer, trotzdem er z. B. ein Darlehn erhalten und dafür eine Hypothek bestellt hat, noch über diese für seinen Gläubiger bestellte Hypothek verfügen kann. Dem kann nämlich entgegengehalten werden, daß die Rechtsstellung des Gläubigers garnicht so schlecht ist. Da die Hypothek auf den Namen des Gläubigers lautet, kann ihn der Grundstückseigentümer nicht hintergehen, denn der Eigentümer bedarf bei Verfügungen über eine derartige Hypothek immer der Mitwirkung des eingetragenen Gläubigers. Weil also die Stellung des Gläubigers in jedem Fall gesichert ist, hat sich das Gesetz gerade des Eigentümers angenommen und für diesen dadurch gesorgt, daß es bestimmt, daß die Hypothek bis zur Uebergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zusteht.

§ 5: Einige andere Fälle des originären Erwerbes.

Zu den beiden am häufigsten vorkommenden, in den §§ 3, 4 geschilderten Arten des originären Erwerbes des Eigentümergrundpfandrechtes treten noch zwei weitere, immerhin recht beachtliche Fälle. Es sind dies der Erwerb des Eigentümergrundpfandrechtes bei den Sicherungs- und Höchstbetragshypotheken.

Auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung eines Titels kann der Gläubiger gegen seinen Schuldner auch in der Weise die Zwangsvollstreckung betreiben, daß er sich für seine Forderung eine Sicherheitshypothek auf dem Grundstück seines Schuldners eintragen läßt. Wird aber die zu vollstreckende Entscheidung oder ihre vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder gar die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet, so erwirbt der Eigentümer des Grundstücks die Hypothek (§ 868 Abs. 1 ZPO.). Auch dann erfolgt der Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer, wenn durch eine gerichtliche Entscheidung die einstweilige Einstellung der Vollstreckung und zugleich die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln angeordnet wird oder wenn die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt. (§ 868 Abs. 2 ZPO.). Nach § 932 ZPO. tritt dasselbe ein, wenn ein Arrest in das Grundstück durch Eintragung einer Sicherheitshypothek zu vollziehen war, und dieser gemäß § 868 ZPO. aufgehoben worden ist. Die Anwendung der Regeln über das Eigentümergrundpfandrecht entspricht auch hier einzig und allein einem praktischen Bedürfnis.[26]) Denn das gegenteilige Aufrücken der Nachhypothekare als Grundsatz beim Erlöschen der durch die Sicherungshypothek gesicherten Forderung würde höchst unbillig sein. Während einerseits die Gläubiger, trotzdem sie für ihre Post zu 2, 3, 4 usw. bereits durch entsprechend höhere Zinsen ent-

[26]) Staudinger zu § 1185, 3 d.

schädigt sind, durch das Aufrücken einen noch besseren Rang erhalten würden, so würde anderseits der Schaden des Eigentümers — besonders bei der vertraglichen Sicherheitshypothek (§ 1184) — dadurch noch größer, daß er z. B. nicht in der Lage wäre, eine Kredithypothek oder eine für ein Pachtverhältnis bestellte Kautionshypothek nach Beendigung des ursprünglichen Kredit- oder Pachtverhältnisses als Sicherheit für ein neues derartiges Verhältnis zu verwenden.[27])

Auch die Höchstbetragshypothek macht von der allgemeinen Anwendung des Prinzips des Eigentümergrundpfandrechtes keine Ausnahme. Nach § 1190 BGB. ist eine Höchstbetragshypothek eine solche Hypothek, bei der nur die Summe angegeben ist, bis zu welcher das Grundstück höchstens haften soll, während im übrigen die Forderung, für welche die Sicherheit bestellt ist, einer späteren Feststellung vorbehalten bleibt. Aus § 1190 mit § 1113 Abs. 2 geht zunächst klar hervor, daß die Hypothek mit der Eintragung als fertig bestellt angesehen wird, und daß es sich nicht etwa um eine unvollkommende, noch im Werden begriffene Hypothek handelt. Abwegig und mit dem Recht des BGB. (§ 1190, 1113 Abs. 2) unvereinbar ist auch die Ansicht[28]), daß die Höchstbetragshypothek ein aufschiebend bedingtes Recht ist. Für das preußische Recht[29]) war dies allerdings zutreffend, nach den Vorschriften des BGB. aber ist das dingliche Recht durch die Eintragung unbedingt entstanden. So lange aber keine Forderung innerhalb des Rahmens des zu Grunde liegenden obligatorischen Rechtsverhältnisses entstanden ist, steht die Hypothek dem Eigentümer zu, die sich erst mit dem Entstehen von Ansprüchen Stück für Stück in eine Gläubigerhypothek verwandelt.

§ 6: Entstehung durch Befriedigung seitens des Eigentümers.

Der weitaus häufigste Fall des Entstehens eines Eigentümergrundpfandrechtes wird in der Praxis der sein, daß der Eigentümer den Gläubiger bezahlt und dadurch entweder die Forderung zum Erlöschen bringt oder das Gläubigerrecht erwirbt, je nachdem er zugleich persönlicher Schuldner der Forderung ist oder nicht. Betrachten wir zunächst den Fall, daß der Eigentümer zugleich auch der persönliche Schuldner ist. Gewöhnlich geht die Sache so vor sich, daß der Grundstückseigentümer von irgend jemanden ein Darlehn erhalten hat, und seinem Gläubiger dafür auch eine Hypothek an seinem Grundstück bestellt hat. Dann haftet er sowohl persönlich als auch dinglich. Zahlt er nun das Darlehn zurück, dann tritt zunächst gemäß § 362 BGB. ein Erlöschen der persönlichen Forderung ein. Damit wäre er aber noch nicht auch aus der dinglichen Haftung entlassen. Das Gesetz hat aber für diesen Fall eine positive Regelung getroffen in § 1163 Abs. 1 Satz 2, der bestimmt, daß beim Er-

[27]) Siehe auch Prot. III S. 687.
[28]) Reinhard Zbl. f. F. G. a. a. O. S. 43.
[29]) E. E. G. § 24.

löschen der Forderung der Eigentümer die Hypothek erwirbt. Die Forderung erlischt aber nicht nur durch Zahlung wie in dem oben angeführten Beispiel, sondern auch durch Erlaß, Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt, Eintritt einer Resolutiv- oder Endbedingung usw. § 1142 Abs. 2 hat ausdrücklich der Befriedigung durch Zahlung die durch Hinterlegung und Aufrechnung gleichgestellt. Ist also auf diese Weise ein Erlöschen der Forderung eingetreten, so verwandelt sich die Fremdhypothek in ein Eigentümergrundpfandrecht. Damit ist der Schuldner nicht nur aus der dinglichen Haftung entlassen, sondern ihm ist auch der wertvolle Rang und damit die Möglichkeit seiner späteren Verwertung erhalten geblieben. Andererseits würde ohne die Vorschriften der §§ 889, 1163 das dingliche Recht untergehen, sodaß die nachfolgenden Gläubiger aufrückten und damit dem Eigentümer die wertvolle Rangstelle verloren ginge. Wollte er dann wieder ein Darlehn aufnehmen, so könnte er dem Gläubiger nur einen Rang nach den bisher Eingetragenen einräumen und müßte sich dementsprechend harten Bedingungen unterwerfen. Der Grundgedanke ist also hier wie bei dem ganzen Recht des Eigentümergrundpfandes, möglichst weitgehendste Berücksichtigung wirtschaftlicher Gründe.

Zu der Betrachtung über die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes durch Befriedigung seitens des Eigentümers, der zugleich auch der persönliche Schuldner ist, gehören noch einige andere gesetzliche Bestimmungen. Es sind dies die §§ 1176 und 1173. Nach § 1176 erwirbt der Eigentümer, der den Gläubiger nur teilweise befriedigt, ein Eigentümergrundpfandrecht nur in Höhe der Tilgungssumme. Auch kann sein Recht nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden: es steht also im Range hinter der Resthypothek des Gläubigers. Zu beachten ist aber, daß sich die Bestimmungen des § 1176 nur auf solche Teilzahlungen beziehen, die sich nicht auf die in § 1178 genannten, nicht zum Kapital gehörigen Beträge erstrecken. Denn auf die in § 1178 genannte Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, finden die Grundsätze von der Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes keine Anwendung, da diese nicht als dauernde Belastungen des Grundstücks gedacht sind.

Was für die Teilleistungen gilt, gilt auch bei ratenweiser Befriedigung. Hier erwirbt der Eigentümer mit jeder Zahlung ein Stück von der Hypothek des Gläubigers. Dieses ist wichtig für die sogenannte Amortisationshypothek. Das Wesen der Amortisationshypothek besteht darin, daß außer den Zinsen für die zugrundeliegende Schuld noch Tilgungszuschläge, sog. Amortisationsquoten gezahlt werden, um die Schuld allmählich zum Erlöschen zu bringen. Da aber die Amortisationsquote regelmäßig in Prozenten vom Kapital ausgedrückt ist und sich daher

äußerlich nicht von den Zinsen unterscheidet, war es streitig[30]), ob es sich hierbei um eine Kapitalsrückzahlung oder um Nebenleistungen im Sinne von § 1178 handelt. Heute herrscht kaum noch Zweifel darüber, daß es sich um Kapitalsrückzahlungen handelt, denn „es ist kein Grund ersichtlich, warum die Beträge, die Kapitalsteile sind, wirtschaftlich schlechter gestellt sein sollen, als sonstige Teilzahlungen an Kapital, die in regelmäßigen Zwischenräumen erfolgen."[31]) Der Eigentümer erwirbt also mit jeder Amortisationszahlung ein Stück Eigentümergrundpfandrecht.

Weiter entsteht ein Eigentümergrundpfandrecht nach § 1173 Abs. 1: Befriedigt bei einer Gesamthypothek der Eigentümer eines der in der Gesamtschaft befindlichen Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird, oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Eigentümers vereinigen. Kann aber der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt hat, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen, so geht in Höhe des Ersatzanspruchs auch die Hypothek an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit der Hypothek an seinem eigenen Grundstücke Gesamthypothek (§ 1173 Abs. 2).

Nicht immer aber ist der Eigentümer zugleich auch der persönliche Schuldner. Eine derartige Trennung von persönlicher und dinglicher Haftung kann auf verschiedene Weise entstehen. Am häufigsten tritt sie allerdings erst nachträglich ein, nämlich bei Veräußerung des belasteten Grundstücks, wenn der bisherige Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner ist. Hierbei übernimmt in der Regel der Erwerber des Grundstücks die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis. Verweigert dann aber der Hypothekengläubiger seine Genehmigung zu der Schuldübernahme, so bleibt der frühere Eigentümer noch persönlich verhaftet. Möglich ist auch eine ursprüngliche Trennung von persönlicher und dinglicher Haftung. Der Grundstückseigentümer übernimmt z. B. für die persönliche Schuld eines Freundes mit seinem Grundstück die dingliche Haftung, und zwar durch Einräumung einer Hypothek zu Gunsten des Gläubigers seines Freundes.

Was geschieht also nun, wenn der Grundstückseigentümer den Gläubiger befriedigt? Im Gegensatz zu dem Fall, daß der Grundstückseigentümer und der persönliche Schuldner eine Person sind, erlischt hier die Forderung nicht, weil das Gesetz annimmt, daß der zahlende Grundstückseigentümer nicht die For-

[30]) Kammergericht in der D. J. Z. Bd. 8 für Nebenleistungen, jedoch durch Beschluß vom 26. Mai 1902 Kapitalsrückzahlung angenommen.

[31]) Staudinger a. a. O. zu § 1178 1 b.

derung tilgen, sondern das Gläubigerrecht erwerben will. Es tritt nach § 1143 BGB. eine cessio legis ein; die Forderung geht, soweit der Eigentümer den Gläubiger befriedigt, auf den Eigentümer über. Da aber mit der Uebertragung der Forderung auch die Hypothek übergeht[32]), erwirbt der zahlende Eigentümer in Höhe seiner Leistung das Pfandrecht an der eigenen Sache. M. a. W. die auf ihn übergegangene Hypothek des Gläubigers ist zum Eigentümergrundpfandrecht geworden.

Was für den Fall, daß der zahlende Eigentümer zugleich auch der persönliche Schuldner ist, von einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers gesagt wurde, gilt analog auch hier. Allerdings kommt hier nicht § 1176 BGB. in Betracht, sondern an seiner Stelle § 1143 in Verbindung mit § 774 Abs. 1. Danach erwirbt der zahlende Eigentümer die Hypothek im Range nach der Hypothek des Gläubigers. Auch kann er sie nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend machen.

Der rechtsgeschäftlichen Befriedigung steht in allen Fällen die Befriedigung gleich, die durch Aufgebot und Ausschlußurteil nach § 1171 herbeigeführt wird. Während der Eigentümer seinem Gläubiger kündigen (§ 1141) oder ihn nach § 1142 befriedigen kann, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist, helfen ihm diese Befugnisse nichts, wenn der Gläubiger unbekannt ist. Hier aber hat das Gesetz geholfen und in § 1171 bestimmt, daß der unbekannte Gläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens mit seinem Rechte dann ausgeschlossen werden kann, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt und den Betrag der Forderung für den Gläubiger unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme hinterlegt. Mit der Hinterlegung erwirbt dann der Eigentümer das Eigentümergrundpfandrecht.

Das Gesetz kennt noch einen weiteren Fall des derivativen Erwerbs des Eigentümergrundpfandrechtes durch Befriedigung, und zwar infolge berechtigten Regresses des persönlichen Schuldners, § 1164 Abs. 1 Satz 1: Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann.

§ 7: Entstehung durch Verzicht des Gläubigers und durch Schuldübernahme ohne Einwilligung des für die Schuld haftenden Eigentümers.

Wenn bisher die Fälle untersucht wurden, in denen ein Eigentümergrundpfandrecht entstand, weil die Forderung nicht entstanden bezw. erloschen ist, so hat das Gesetz auch den Fall vorgesehen, in dem der Gläubiger auf sein dingliches Recht selbst verzichtet. § 1168 Abs. 1 sagt: Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer. Zu dieser Vorschrift sind die Gesetzgeber durch die gleiche Erwägung veranlaßt wor-

[32]) Vgl. die §§ 1153 Abs. 1, 412, 401.

den, die sie dazu bestimmt haben, im Falle des Verzichts auf die Forderung oder eines sonstigen Erlöschens derselben die dafür bestellte Hypothek dem Eigentümer gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 zuzusprechen. Wie hier durch das Entstehen des Eigentümergrundpfandrechtes ein ungerechtfertigtes Vorrücken der Nachhypothekare verhindert werden soll, so soll dem Eigentümer auch dann, wenn der Gläubiger auf sein Pfandrecht allein verzichtet — sei es, weil er für seine Forderung von dem Eigentümer eine andere Sicherheit erhalten hat, sei es, um dem Eigentümer damit eine Gefälligkeit zu erweisen — durch den Erwerb der Hypothek der wertvolle Rang erhalten bleiben. Nach § 1168 Abs. 2 muß der Verzicht aber, um wirksam zu sein, dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber erklärt werden.[33]) Außerdem bedarf er der Eintragung in das Grundbuch. Da der Verzicht zugleich eine dingliche Rechtsänderung enthält, rechtfertigt sich auch die entsprechende Anwendung der §§ 875 Abs. 2, 876, 979. Der Gläubiger ist demnach insbesondere vor der Eintragung des Verzichts an demselben nur gebunden, wenn er die Erklärung dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben oder dem Eigentümer eine dem § 29 GBO. entsprechende Verzichterklärung ausgehändigt hat; bis dahin kann derselbe den Verzicht jederzeit widerrufen.

Verzichtet der Gläubiger nur auf einen Teil der Hypothek, so erwirbt der Eigentümer nur den Teil. Die dem Gläubiger verbleibende Teilhypothek hat aber das Vorrecht (§ 1176). Andererseits stehen nach § 1168 Abs. 3 dem Eigentümer die im § 1145 bestimmten Rechte zu, d. h. der Gläubiger muß den teilweisen Verzicht auf dem Hypothekenbrief vermerken und den Brief zur Berichtigung oder Löschung dem Grundbuchamt vorlegen oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefes für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem Notar vorlegen.

Da durch den Verzicht des Gläubigers nur das Pfandrecht getroffen wird (es sei denn, daß ein Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 2 gegeben wäre) die persönliche Forderung aber unberührt bleibt, so fragt es sich, ob die Vorschrift des § 1168 nicht im Widerspruch mit § 1153 Abs. 2 steht. Denn hier wird gesagt, daß die Forderung nicht ohne die Hypothek, die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann. Aber die Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften ist, ebenso wie das Verhältnis von § 1163 zu 1177 eine der Eigentümlichkeiten des geltenden Hypothekenrechts, und im Besonderen des Eigentümergrundpfandrechtes. Zusammen hängt dies mit der großen Frage der Akzessorietät, die man trotz der Einflüsse des germanischen Rechts, der Theorie und der romanistischen Ueberlieferung zuliebe nicht ganz abschaffen wollte. Dadurch ist dann diese Zwitterstellung entstanden. Im vorliegenden Fall ist wohl die beste Lösung gegeben, wenn man sagt, daß die Vorschrift des § 1168 sehr wohl wohl zu einer Umgehung des § 1153 führt, wenn der Gläubiger

[33]) Vgl. hierzu Biermann zu § 1163 3, Horn S. 135.

sich die persönliche Forderung vorbehält, die Hypothek durch Verzicht auf den Eigentümer überträgt und dadurch eine Trennung von Forderung und Hypothek bewirkt.[34])

Aber nicht nur auf Grund des freiwilligen Verzichts entsteht das Eigentümergrundpfandrecht, sondern auch durch den erzwungenen Verzicht. Denn der Gläubiger kann in bestimmten Fällen zur Verzichtserklärung auf die Hypothek gezwungen werden. Steht nämlich dem Eigentümer eine peremptorische Einrede gegen die hypothekarisch gesicherte Forderung zu — z. B. § 1137 — so hebt diese Einrede zwar von vorneherein die Forderung nicht auf, gibt aber dem Eigentümer das Recht, dauernd die Erfüllung aus dem Grundstück zu verweigern. Da die Hypothek bei einer solchen begründeten Einrede für den Gläubiger keinen Zweck haben würde, so kann der Eigentümer nach § 1169 verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Weigert sich der Gläubiger, die Verzichtserklärung abzugeben, so kann diese durch die Verurteilung dazu ersetzt werden, § 894 ZPO. Der Eigentümer erwirbt dann die Hypothek als Eigentümergrundpfandrecht, wenn der Verzicht bezw. die ihn nach § 894 ZPO. ersetzende Verurteilung in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch die Frage, ob ein Eigentümergrundpfandrecht auch dann noch entsteht, wenn der Gläubiger nach der erfolgten Zwangsversteigerung — aber vor Verteilung des Erlöses — erklärt, auf Befriedigung zu verzichten. Die h. M.[35]) steht auf auf dem Standpunkt, daß auch nach erfolgtem Zuschlag ein Eigentümergrundpfandrecht durch Verzicht des Gläubigers entstehen kann. Gestützt wird diese Ansicht auf das sog. Surrogationsprinzip. Nach § 52, 91 ZVG. erlöschen nämlich die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Rechte. Da aber § 92 ZVG. sagt, daß an die Stelle eines Rechtes, das nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, der Anspruch auf den Erlös tritt, so sei damit gesagt, daß die Hypothek, wenn gleich sie durch den Zuschlag erloschen sei, zufolge des Surrogationsprinzips trotzdem fortdauere.[36]) Als Folge hieraus ergäbe sich dann, daß beim Verzicht des Gläubigers auf Befriedigung, der Eigentümer die Hypothek erwerbe. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das R. G.[37]) Wenn durch den Zuschlag die Hypothek erlöschen ist, so führt das R. G. aus, so ist das dem Gläubiger verbleibende Recht kein Hypothekenrecht mehr, und dementsprechend könnten auch die Vorschriften über die Hypothek keine Anwendung mehr finden. Richtig ist daran, daß durch den Zuschlag ein Hypothekenrecht nicht mehr besteht, daß dieses Recht vielmehr durch den Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlös ersetzt worden ist. Eine direkte Anwendung der Regeln über das Hypothekenrecht

[34]) Siehe auch Prot. III S. 602 II.
[35]) Staudinger, Planck, Biermann u. a.
[36]) Staudinger zu § 1168 8.
[37]) R. G. Z. 55/564, 60/253.

kommt also nicht mehr zur Anwendung. Dagegen ist sehr wohl eine analoge Anwendung der Grundsätze über das Pfandrecht an Grundstücken zu vertreten. Denn sowohl die Gründe, die das Eigentümergrundpfandrecht selbst rechtfertigen, in Verbindung mit der aus § 92 ZVG. hervorgehenden Umwandlung, lassen den Schluß zu, daß der Eigentümer durch den Verzicht des Gläubigers zwar kein Pfandrecht, wohl aber den dem Verzicht des Gläubigers entsprechenden Anspruch auf Empfang des Zwangerlöses erhält. Praktisch kommt dieses damit auf dasselbe wie bei der von der h. M. vertretenen Ansicht heraus. Das Ergebnis läßt sich vor allem auch mit der ganzen bisher über das Eigentümergrundpfandrecht gesagten wirtschaftlichen Bedeutung in Einklang bringen.

Derselbe Erfolg wie bei dem Verzicht auf die Hypothek tritt ein, wenn eine hypothekarisch gesicherte Schuld von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen wird, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Zwar erlöschen im allgemeinen infolge der der Schuldübernahme die Akzessorien der übernommenen Schuld (§ 418 Abs. 1 Satz 1) nach § 418 Abs. 1, Satz 2 gilt jedoch für die Hypothek eine Ausnahme, danach erlischt die Hypothek nicht durch die Schuldübernahme, sondern wird Eigentümergrundpfandrecht des Urschuldners. Eine Besonderheit gilt hier aber noch hinsichtlich der Gesamthypothek. Willigt keiner der Grundstückseigentümer in die Schuldübernahme ein, dann erwerben dieselben eine Gesamthypothek (§ 418 Abs. 1 Satz 2, § 1175 Abs. 1 Satz 1). Willigt einer oder willigen mehrere nicht ein, so erlischt die Hypothek an diesen Grundstücken (§ 418 Abs. 1 Satz 2, § 1175 Abs. 1 Satz 2); an den übrigen besteht die Gesamthypothek fort.

Der Zeitpunkt des Entstehens und seine Bedeutung.

§ 8: Beim originären Erwerb entsteht das Recht mit der Eintragung im Grundbuch, anders beim derivativen Erwerb.

Wenn im Folgenden über den Zeitpunkt des Entstehens des Eigentümergrundpfandrechtes gesprochen werden soll, so ist zunächst zu sagen, daß man von der grundlegenden Regel, nach der zur Uebertragung einer Grundstücksbelastung gemäß § 873 BGB. die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung im Grundbuch erforderlich sind, bei der Uebertragung der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld auf den Grundstückseigentümer abweichen mußte. Denn hätte man sie als rechtsgeschäftliche Rechtsänderung aufgefaßt, so würde der Eigentümer in den hier in Betracht kommenden Fällen des Eigentümergrundpfandrechtes zunächst nur den obligatorischen Anspruch gegen die Gläubiger, nämlich die Einwilligung in die Eintragung der Rechtsänderung zu geben, erlangt haben.[38]) Da aber nur obligatorische

[38]) Bruck a. a. O. S. 217.

Rechte mehr oder weniger unsicher und mit mancherlei Gefahren verbunden sind, mußte man dem Grundstückseigentümer ein stärkeres Recht geben. Das BGB. bestimmt nun, daß sich die Rechtsänderung, die bei der Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes in allen Fällen des Uebergangs auf den Eigentümer erfolgt, kraft Gesetzes vollzieht.

Nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. steht die Hypothek, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, dem Eigentümer zu. Dem scheint aber § 1113 Abs. 2 entgegen zu stehen, der bestimmt, daß eine Hypothek auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden könne. Um diese beiden „gegensätzlichen" Bestimmungen zu erklären, muß zunächst auf das Verhältnis des § 1163 Abs. 1 Satz 1 zu § 1113 Abs. 2 eingegangen werden. Der scheinbare Widerspruch in diesen beiden Gesetzesstellen wird aber beseitigt, wenn man diese Bestimmungen einer näheren Prüfung unterzieht. § 1113 Abs. 2 sagt, daß eine hypothekarische Belastung eines Grundstücks auch ohne gleichzeitiges Bestehen einer Forderung erfolgen kann, und § 1163 Abs. 1 Satz 1, daß diese Belastung ohne Forderung dem Eigentümer zusteht. Daß eine Belastung des Grundstücks erfolgt ist, kann ernstlich nicht mehr bestritten werden, denn die gegenteilige Ansicht steht im Widerspruch mit dem Grundsatz, daß die Belastung mit ihrer Eintragung im Grundbuch wirksam wird, und in ihrer Existenz nicht aufschiebend bedingt sein kann. Auch beruht die entgegengesetzte Ansicht auf einer Verwechselung einer für eine aufschiebend bedingte Forderung bestellten Hypothek mit dem aufschiebend bedingten dinglichen Recht. Der Streit dreht sich vielmehr um die Frage des Zeitpunktes des Entstehens, d. h. darum, ob das Eigentümergrundpfandrecht erst im Augenblick der Feststellung, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, entsteht, oder ob sie dem Besteller bis zur Begründung der Forderung zusteht. Nach Kretzschmar[39]), Sternberg[40]), Biermann[41]), Kammergericht[42]) und vorübergehend auch nach dem R. G.[43]) ist der Zeitpunkt der endgültigen Feststellung, daß eine Forderung für die bestellte Hypothek nicht entstanden ist, maßgebend. Erst jetzt wird aus der formellen Hypothek des Gläubigers ein Eigentümergrundpfandrecht. Diese Ansicht stützt sich zunächst auf den Wortlaut des § 1163 Abs. 1 Satz 1: Ist eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt — —. Aus dieser Perfektform folgern die Anhänger dieser Meinung, daß hierdurch ausgedrückt werde, das Eigentümergrundpfandrecht entstehe erst dann, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt sei; also erst mit der endgültigen Gewißheit, daß die Forderung nicht entstanden ist.

---

[39]) ZBl. f. F. G. 15 S. 39.
[40]) Iherings Jahrb. 62 S. 377 ff.
[41]) Zu § 1113 2.
[42]) KGI. 61 A S. 163.
[43]) R. G. Z. 51/117.

Denn, folgern sie weiter, da § 1163 Abs. 2 sagt, „. . . bis zur Uebergabe", hätte es im Absatz 1 bei der genauen Sprachweise des BGB. auch eines ähnlichen Hinweises bedurft. Diese freie Auslegung des § 1163 steht aber nicht im Einklang mit der h. M. Planck[44]), Staudinger[45]), M. Wolf[46]), Warneyer[47]), Jaeckel[48]) und das R. G. seit der Entscheidung im 75. Band lehnen es ab, den Zeitpunkt der Feststellung als maßgebend anzusehen, vielmehr sehen sie in § 1163 Abs. 2 „bis zur" gerade das Prinzip, dem auch Absatz 1 unterworfen ist. M. E. mit Recht. Denn der Zeitpunkt der Feststellung ist zu willkürlich. Denkt man sich den Fall, daß das Nichtentstandensein einer Forderung z. B. erst dann festgestellt wird, wenn der Besteller der Hypothek nicht mehr Eigentümer ist, so würde nach der zuerst vorgetragenen Ansicht, das Eigentümergrundpfandrecht dem neuen Eigentümer zustehen; dieser wäre somit zum Schaden des früheren Eigentümers bereichert, während gerade der Besteller durch das Eigentümergrundpfandrecht gegen etwaige insolvente Gläubiger geschützt werden soll. Also nicht die Zeit der Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache selbst, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, ist entscheidend.[49])

Betrachten wir nun nach diesen allgemeinen Ausführungen ganz konkret den Zeitpunkt des Entstehens des Eigentümergrundpfandrechtes beim originären und dann beim derivativen Erwerb. Da nach der herrschenden und wohl richtigen Meinung nicht die Zeit der Feststellung, sondern die festgestellte Tatsache selbst maßgebend ist, so führt dies beim originären Erwerb auf die Zeit der Begründung zurück.[50]) Was nun die Person betrifft, der dieses Grundpfandrecht zusteht, so sagt eine Meinung, deren Hauptvertreter Kretzschmar[51]) ist, daß das Gesetz schlechthin denjenigen Eigentümer meine, unter dem die Voraussetzungen für das Entstehen eines Eigentümergrundpfandrechtes gegeben sind. Gestützt wird diese Ansicht zunächst auf die Motive zum BGB. und Prot. III S. 600. In der zweiten Kommission wurde nämlich erwogen, ob das Eigentümergrundpfandrecht dem ursprünglichen Besteller zufallen solle. Da aber trotz der gegenteiligen Ansicht der sämtlichen Anträge, so führt Kretzschmar aus, diese Frage nicht erörtert wurde, so unterläge es keinem Zweifel, daß nach Ansicht der Kommission das Eigentümergrundpfandrecht in allen Fällen demjenigen zufalle, der zurzeit ihrer Entstehung gerade Eigentümer des Grundstücks ist. Sodann ziehen die Vertreter dieser Ansicht zu ihrer Begründung den Wortlaut des § 1163 BGB. heran, der schlecht-

[44]) Zu § 1163 Bem. 3.
[45]) Zu § 1163.
[46]) Zu § 145.
[47]) Zu § 1163.
[48]) ZBl. f. F. G. 4 S. 282.
[49]) Gruchot. 47/330 ff.
[50]) Gruchot. 47 S. 330.
[51]) ZBl. f. F. G. 4 S. 196 ff.

hin vom „Eigentümer" spreche. Weiter stützt sich diese Lehre auf einige gesetzlichen Bestimmungen des ZVG. Eine formell eingetragene, aber nicht oder nicht ganz valutierte Hypothek soll nach § 14 ZVG.[52]) auch unter die Bestimmungen des § 50 Abs. 2 Nr. 1—3 ZVG. fallen. Danach habe der Ersteher, wenn das Grundstück mit einer solchen noch nicht vollvalutierten, aber bestehen bleibenden Hypothek belastet sei, außer dem Bargebot noch den Betrag der Hypothek zu zahlen, den er einmal bei der endgültigen Feststellung der Schuld nicht zu zahlen hat. Nach §§ 125, 128 Abs. 2 ZVG. ist der Betrag bedingt an die leer ausgehenden Berechtigten zu zahlen, und in Ermangelung solcher, dem letzten Eigentümer zu überweisen. Diese Zuzahlungspflicht sei die Folge davon, daß der Ersteher das Eigentümergrundpfandrecht auch insoweit erwerbe, als aus dem ihr zugrundeliegenden Rechtsverhältnis eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt.

Den gegenteiligen Standpunkt vertritt die h. M.[53]) M. E. mit Recht, denn die Gründe, die die erstangeführte Ansicht (Kretzschmar) heranzieht, können einer eingehenden Prüfung nicht standhalten. Der Begründung durch die Protokolle kann entgegen gehalten werden, daß die Absicht der Kommission nicht bindend ist, da sie keinen deutlichen Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Auch die Berufung auf den Wortlaut des § 1163 BGB., der schlechthin von dem „Eigentümer" spreche, kann nicht durchgreifen. Denn gerade aus dem Wortlaut des § 1163 ist zu schließen, daß die Frage „nach dem Subjekt des Eigentümergrundpfandrechtes" nicht einheitlich zu beantworten ist. Das Gesetz selbst unterscheidet, ob die Hypothek dem Eigentümer „zusteht", oder ob er dieselbe „erwirbt". Die Hypothek steht nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 demjenigen zu, der sie bestellt hat (siehe Näheres oben), ohne Rücksicht darauf, ob er noch Eigentümer ist oder nicht. Es „erwirbt" sie derjenige, der das Erlöschen der Forderung bewirkt hat (Abs. 1 Satz 2). Da dieses in der Regel durch Befriedigung geschieht, kann das Grundpfandrecht auch ein nacheingetragener Eigentümer erwerben. Es ist also durchaus keine einheitliche Lösung dadurch geschaffen, daß das Gesetz schlechthin vom „Eigentümer" spricht. Ganz verfehlt ist die Heranziehung der Bestimmungen des ZVG.; denn es wird hierbei von der falschen Voraussetzung ausgegangen, das Grundstück sei mit einem unbestimmten Betrage belastet.[54]) Nach § 14 ZVG. gelten Ansprüche von „unbestimmtem Betrage" als aufschiebend bedingt. Wenn Kretzschmar Höchstbetragshypotheken und entsprechend noch nicht oder nicht ganz valutierte Sicherheitshypotheken Ansprüchen von „unbestimmten Betrage" gleichsetzt, so verkennt er, daß das Grundstück von der Eintragung an in Höhe des eingetragenen Betrages belastet ist. Denn in jedem Fall ist der Betrag, für den das

[52]) So auch Herold ZBl. f. F. G. 4 S. 699.
[53]) Planck, Staudinger, Biermann, Wolff, und R. G. Rät-Kom.
[54]) Gruchot. 46 S. 336 ff.

Grundstück haftet, bestimmt, wenn auch nicht feststeht, ob die Hypothek dem eingetragenen Gläubiger oder dem Grundstückseigentümer zusteht. Unbestimmt ist also nicht der Betrag, sondern nur der Gläubiger.[55]) Damit entfällt auch die Anwendung des § 50 ZVG. und die daraus gezogene Folgerung. Es muß deshalb mit der herrschenden Lehre gesagt werden, daß das Eigentümergrundpfandrecht im Falle des originären Erwerbes stets demjenigen zusteht, der zurzeit der Eintragung[56]) der Hypothek Eigentümer des belasteten Grundstücks ist, und nicht etwa demjenigen, der in dem Zeitpunkt Eigentümer ist, in welchem das Nichtentstandensein der Forderung festgestellt wird.[57]) Anders liegt der Fall beim derivativem Erwerb. Aus der Natur des derivativen Erwerbes ergibt sich, daß hier unmöglich der Zeitpunkt der Eintragung maßgebend sein kann. Die Entstehung des Eigentümergrundpfandrechtes muß vielmehr auf die Zeit des Ueberganges des Rechtes von dem bisherigen Berechtigten auf den Eigentümer abgestellt werden. Die Gläubigerhypothek wird also zum Eigentümergrundpfandrecht desjenigen Grundstückseigentümers, unter dem die Forderung zum Erlöschen gebracht wird.

Von besonderer Bedeutung ist der Zeitpunkt des Entstehens des Eigentümergrundpfandrechtes naturgemäß bei der Veräußerung und bei der Zwangsversteigerung. Da das Eigentümergrundpfandrecht kein Zubehör[58]) ist, geht es durch Veräußerung rung des Grundstücks nicht auf den Käufer über. Will also z. B. ein Gläubiger die Darlehnsvaluta noch nachträglich, d. h. nach Verkauf des belasteten Grundstücks durch den Eigentümer zahlen, so bleibt nach dem oben Ausgeführten einzig und allein der frühere Eigentümer zum Empfang des Geldes der Alleinberechtigte. Der Geldgeber würde also nicht dadurch noch nachträglich die Hypothek erwerben, daß er die Valuta an den neuen Eigentümer abführt. Um eine gültige Hypothek zu erwerben, muß er vielmehr die Zahlung an denjenigen bewirken, der die Hypothek für ihn bestellt hat. Da dieses aber der frühere Eigentümer ist, so kann der Gläubiger nur durch eine Leistung an diesen ein Pfandrecht erwerben.

Umgekehrt spielt der Zeitpunkt des Entstehens des Eigentümergrundpfandrechtes eine besondere Rolle für den Eigentümer im Zwangsversteigungsverfahren. Nehmen wir den Fall an, daß das Grundstück des X durch erteilten Zuschlag in das Eigentum des Y übergegangen ist, und daß durch den Zuschlag alle das Grundstück belastenden Rechte erloschen sind (vgl. § 91 ZVG.). Im Verteilungstermin (§ 105, 113 ZVG.) stellt sich nun heraus, daß für eine für den Gläubiger Z eingetragene Hypothek keine Forderung besteht. Abgesehen von der Frage, ob auch jetzt noch ein Eigentümergrundpfandrecht „als solches" entstehen kann

[55]) R. G. Z. 49/165.
[56]) R. G. Z. 75/250; 78/409.
[57]) Siehe oben und Gruchot. 47/330.
[58]) R. G. Z. 94 S. 9, 10; vgl. auch § 96 BGB.

(siehe § 7) bleibt zu unterscheiden, wem dieses Recht zusteht. Nach allem bisher Gesagten besteht aber kein Zweifel, daß das Recht im gegebenen Fall dem Besteller, also dem früheren Eigentümer X zusteht, während beim derivativen Erwerb Berechtigter nicht der frühere, sondern der neue Eigentümer Y sein würde.

Die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes.

§ 9: Ihering, Hachenburg.

Aufgabe der nächsten Paragraphen wird es nun sein, den Inhalt dieses Rechtes, d. h. die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes näher zu untersuchen.

Die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes gehört mit zu den bestrittensten Problemen unseres Privatrechts. Wenn die Verfasser des BGB. geglaubt hatten, daß durch ihre Definitionen der Hypothek und Grundschuld der uralte Streit über diese Rechtsbegriffe endlich begraben sein würde, so hatten sie sich gewaltig geirrt. Richtig ist vielmehr, daß seit der 1836 erschienenen Schrift v. d. Hagens „Die Hypothek des Eigentümers" diese Frage nie zur Ruhe gekommen ist. Dies ist auch kaum verwunderlich, denn wie Horn[59]) ganz richtig sagt, „gibt es gewisse Rechtsbegriffe, die den Praktikern auf das genaueste vertraut sind; gefahrlos operieren sie mit denselben und wissen mit ihnen sich zeitlebens zurecht zu finden. Sowie sich jedoch der Gesetzgeber derselben bemächtigt, sobald er sie von den Erscheinungen des Lebens abstrahiert und gleichsam die „plantonische Idee" der Grundschuld und Hypothek enthüllen will, entstehen dann plötzlich die unüberwindlichsten Schwierigkeiten". So geschah es denn, daß namhafte Juristen zu diesem Problem Stellung nahmen und die verschiedenartigsten Theorien aufstellten. Da es aber nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist, sämtliche Ansichten der einzelnen Schriftsteller wiederzugeben, so werden im Folgenden nur die für die Lösung des Problems wichtigsten Theorien erörtert werden.

Vor 1900 gehörte zu den bekanntesten Ansichten über das Wesen des Eigentümergrundpfandrechtes Iherings sog. Theorie der passiven Gebundenheit der Rechte.[60]) Nach der Meinung von Ihering besteht jedes Recht aus zwei Komponenten, die correlat sind. Die eine Komponente nennt er die aktive Seite und versteht darunter diejenige Rechtsstellung, die das Recht für den Berechtigten zur Folge hat. Aktive Seite nennt er diesen Teil des Rechts, weil es für den Berechtigten bestimmte aktive Wirkungen erzeugt. Correlat dazu ist die passive Seite des Rechts, und zwar versteht Ihering darunter die Beziehungen, in welche das Recht den Berechtigten zur Außenwelt setzt. Aus dieser Zusammensetzung des Rechtes ergäbe sich, daß sich die Wirksamkeit des Rechts nicht auf die Person des Berechtigten beschränkt, sondern gleichzeitig einen beschränkenden Einfluß

[59]) In Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts Heft 19.
[60]) Ihr. Jahrb. Bd. 10, S. 387 ff.

auf die Außenwelt ausübt und so Personen und Sachen, auf welche sich das subjektive Recht bezieht, in einen Zustand der Gebundenheit versetzt.[61]) Während aber nach seiner Ansicht die aktive Seite nie ohne die passive auftreten könne, hält er das Umgekehrte dagegen da für möglich, wo die aktive Seite vorübergehend oder zurzeit noch fehlt, indem der passiven Seite hier die Aufgabe zufällt, den demnächstigen Eintritt des Subjekts in den unversehrten objektiven Bestand des Rechtes zu ermöglichen und sicher zu stellen.[62]) Diesen Fall hält Ihering nun gegeben beim Eigentümergrundpfandrecht. „Vorübergehend" fehle das Subjekt hier z. B. bei einer Konfusion des Pfandrechts und des Eigentums; es „fehle noch" z. B. in dem Fall der Eintragung auf den eigenen Namen. Solange danach also das Pfandrecht an der eigenen Sache allein in der Hand des Eigentümers liegt, ist dieses kein wirkliches, sondern nur ein gebundenes Recht, und zwar gebunden für einen künftigen Rechtszweck.[63])

Von ähnlichen Grundvorstellungen und zwar auch für das heutige Recht geltend, geht Hachenburg[64]) aus. Nach seiner Ansicht ist bei dem Eigentümergrundpfandrecht in der Person des Eigentümers nur die passive Seite der Hypothek entstanden, weil durch die Eintragung zwar eine Bindung der Liegenschaft eingetreten sei, das begünstigte Subjekt aber noch nicht vorhanden sei. Da nach seiner Meinung durch die Eintragung aber bereits eine Belastung des Grundstücks erfolgt ist, es aber am Rechtssubjekt fehlt, nennt er deshalb das Eigentümergrundpfandrecht ein subjektloses Recht, eine „unvollkommene Hypothek", die noch ihrer Vollendung durch Hinzutritt der aktiven Seite des Rechtes harre.[65])

Wenn im Folgenden zunächst zu der Ansicht von Ihering Stellung genommen wird, so kann dies nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsbegriffe geschehen, da naturgemäß die Bestimmungen des BGB. — Ihering stellte seine Theorie für das preußische Recht auf — dabei nicht herangezogen werden können. Wenn Ihering ein Recht in zwei Teile zerlegt, so läßt sich dieses zerlegte Recht als „Recht" nicht ohne die eine oder die andere Seite denken. Weiter oben habe ich den Ausdruck Komponenten für die von Ihering angenommenen Teile eine Rechts gebraucht. Denkt man hierbei an die Komponenten einer Kraft, so sieht man deutlich, daß nicht eine Komponente für sich allein die „Kraft" ausmacht; allein bedeutet sie nichts und erst durch das Zusammenwirken beider ist die bestimmte Kraft gegeben. Vor allem aber scheitert Iherings Ansicht daran, daß er das Vorhandensein von Rechten und Verbindlichkeiten ohne dasjenige eines Rechtssubjekts für möglich hält. Denn abgesehen von

---

[61]) Siehe auch Grundmann a. a. O. S. 77, 78.
[62]) Ihering a .a. O. S. 580.
[63]) Ihering a. a. O. S. 492.
[64]) Hachenburg, Vorträge S. 523 ff.
[65]) Hachenburg a. a. O. S. 524.

den sehr wenigen und recht streitigen Ausnahmen[66]) z. B. Korporation, kann man doch sagen, daß es subjektlose Rechte nicht gibt. Denn wie Enneccerus ganz richtig sagt, leidet schon der Ausdruck „subjektloses Recht" an einem inneren Widerspruch, weil im Begriffe des „Rechts" der „Berechtigte" stets mitgedacht wird. Von einem „objektiven Bestand" des Rechts, was dasselbe wie Iherings „Gebundenheit des Objekts" ist, sollte man daher nicht eher reden, bevor das Recht wirklich besteht.[67])

Da die Theorie Hachenburgs für das geltende Recht bestimmt ist, so können zu ihrer kritischen Betrachtung nicht nur die allgemeinen Rechtsbegriffe, sondern auch die gesetzlichen Bestimmungen über das Eigentümergrundpfandrecht herangezogen werden. Sehen wir uns aber zunächst einmal die Hauptstütze Hachenburgs, den § 1197 BGB. an. In Absatz 1 Satz 1 heißt es: Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. Gewiß, diese Bestimmung für sich würde die Bezeichnung des Eigentümergrundpfandrechtes als „unvollkommene Hypothek" vielleicht deshalb rechtfertigen, weil der Eigentümer nicht selbst die Zwangsvollstreckung betreiben kann; keineswegs aber deshalb, weil „die Hypothek noch ihrer Vollendung durch Hinzutritt der aktiven Seite des Rechtes harre."[68]) Denn dieser negativen Befugnis des Eigentümers aus § 1197 Abs. 1 Satz 1 steht eine Fülle von positiven Rechten gegenüber, die deutlich zeigen, daß das Grundstück durch das Eigentümergrundpfandrecht nicht nur passiv gebunden ist, sondern das auch die aktive Seite des Rechts, das Rechtssubjekt, bereits vorhanden ist. Voran stehen die §§ 1163 Abs. 1: Die Hypothek steht dem „Eigentümer" zu, § 1168 Abs. 1 und § 1170 Abs. 2 „Der Eigentümer" erwirbt die Hypothek. Das Gesetz bezeichnet hier also unzweideutig den Eigentümer als Träger des Eigentümergrundpfandrechtes. Auch stehen dem Eigentümer nahezu alle Rechte eines Hypothekengläubigers zu. Denn das Gesetz gibt ihm das Recht, über das Eigentümergrundpfand beliebig zu verfügen, indem er es als vollwirksame Hypothek oder Grundschuld an einen Dritten übertragen kann, dasselbe verpfänden kann usw. Und in der Tat ein Recht, das sogar ein Klagerecht gibt (§ 1134 Abs. 1), das das Vorrücken nachstehender Hypotheken hindert, das vor allem in der Zwangsversteigerung genau wie jedes andere Recht berücksichtigt wird, kann unmöglich nur ein „unvollkommenes Recht" sein. Vielmehr geht aus dem Wortlaut des BGB. klar hervor, daß die Annahme eines „subjektlosen Rechtes" mit den gesetzlichen Bestimmungen über das Eigentümergrundpfandrecht unvereinbar ist. Die Theorie Hachenburgs kann also ebenso wenig wie die von Ihering vertretene Ansicht einen wirklichen Aufschluß über das Wesen und die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes geben.

---

[66]) Siehe Ennecc. allg. Teil S. 163.
[67]) Ennecc. a. a. O. S. 163 Anm. 8.
[68]) Hachenburg a. a. O. S. 524.

§ 10: Die Wertparzellentheorie von Oberneck und die Wertteilstheorie von Endemann und Fuchs.

Bei der von Oberneck vertretenen Ansicht müssen wir zwischen einer sog. älteren und modernen Wertparzellentheorie unterscheiden. Da sich aber die „moderne Theorie" erst aus der „älteren" entwickelt hat und die Grundsätze dieselben geblieben sind, bedarf es zunächst einer Darstellung dieser „älteren" Ansicht.

Oberneck geht von der Vorstellung der germanischen Rechte, dem System des festen Ranges aus. Nach seiner Ansicht kann ein Grundstück in einzelne Wertzellen, Wertquoten zerlegt werden, und an jeder Wertparzelle seien Sonderrechte möglich. Bei der Vereinbarung über die Bestellung einer Grundkreditbelastung solle der Berechtigte keineswegs den gesamten Wert des belasteten Grundstücks zu seiner Verfügung behufs Befriedigung erhalten, sondern durch die Rangstellung werde nur ein ganz bestimmter Wertteil als zur Befriedigung dienendes Aneignungsobjekt bestimmt. Dadurch, daß der Eigentümer einem anderen ein Recht auf Aneignung eines Teiles des Wertes seines Grundstücks einräume, beschränke er nur sein ihm ursprünglich am ganzen Grundstück zustehendes Verwertungsrecht. Da aber die Ueberlassung eines Wertteils des Grundstücks nur aus einem bestimmten, meist wirtschaftlichen Grunde erfolge, so falle bei Hinfälligkeit desselben die Beschränkung des Verwertungsrechts am eigenen Grundstück wieder fort. Demgemäß sei das Eigentümergrundpfandrecht kein wirkliches Pfandrecht, sondern nur der Ausfluß des Eigentumsrechts des Eigentümers bezüglich der Verwertungsbefugnis der einzelnen Wertteile seines Grundstücks.[69])

Bei der älteren Wertparzellentheorie stützte Oberneck seine Ansicht hauptsächlich darauf, daß eine Bestimmung, wie sie § 30 des Preuß. E. E. G. enthielt, demzufolge das ganze Grundstück für die eingetragene Hypothek hafte, im BGB. nicht enthalten sei. § 1113 sage nur, daß eine bestimmte Geldsumme „aus dem Grundstück" gezahlt werden müsse. Da nach § 1147 BGB. die Befriedigung des Gläubigers nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes erfolge, nach diesem Gesetz aber der Gläubiger nur bestimmte Wertquoten erhalte, so sei damit bewiesen, daß nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein in ihm enthaltener Wert dem Gläubiger hafte. Von dieser Ansicht ist Oberneck jedoch bald abgegangen, da er sich dem Einwand nicht verschließen konnte, daß man aus § 1113 BGB. auch das Gegenteil herauslesen kann und sogar muß, nämlich, daß das ganze Grundstück belastet ist. Außerdem war die ältere Wertparzellentheorie auch schon deshalb unrichtig, weil bei Erschöpfung des Grundstückswertes durch Vorhypotheken für eine später einzutragende Hypothek ein angeblicher Wertteil nicht mehr verbleibt.[70])

[69]) Oberneck in Gruchot. Bd. 47 S. 311.
[70]) Dernburg a. a. O. S. 618; Hirsch a. a. O. S. 232.

In seiner modernen Wertparzellentheorie bestreitet Oberneck deshalb nicht mehr, daß bei der Hypothek die Belastung das ganze Grundstück ergreift, ist aber trotzdem der Ansicht, „daß infolge der Ausgestaltung der Eigentümerhypothek die Liquidationsbefugnis des Hypothekengläubigers auf eine bestimmte Wertquote angewiesen wird."[71]) Oberneck begründet diese Ansicht, indem er sagt, daß bekanntlich an die Stelle des Grundstücks der Barerlös trete. Daß nun nicht der Wert des ganzen Grundstücks haftet, gehe schon daraus hervor, daß zunächst alles das, was in das geringste Gebot falle, ausscheide, und daß der Barerlös wiederum durch die Kosten des Verfahrens und einige anderen Ansprüche (§ 10 Nr. 1—3 ZVG.) verringert würde, sodaß also in Wirklichkeit für den Hypothekengläubiger nur eine durch den Rang bestimmte Wertquote herauskäme. Trotz dieser Umschreibung kommt Oberneck damit m. E. nach wieder auf seine in der älteren Theorie aufgestellten Ansicht zurück. Diese steht aber, wie bereits oben gesagt ist, in ausdrücklichem Widerspruch zu § 1113 BGB., der ausspricht, daß das ganze Grundstück belastet wird. Wenn auch der Inhalt des modernen Grundpfandrechtes allein auf den Geldwert gerichtet ist, so ist und bleibt nach dem BGB. Objekt des Grundpfandrechtes stets nur das Grundstück, und nicht eine Wertquote desselben. Es liegt hier vielmehr, wie Hirschfeld[72]) ganz richtig sagt, eine Verwechselung von Rechtsobjekt und Rechtsinhalt vor. Außerdem würde diese Wertquotentheorie zu dem System der festen Stellen führen, die es jedem nachstehenden Pfandgläubiger unmöglich machen, aufzurücken. Nun behauptet allerdings auch Oberneck allen Ernstes, daß durch die weite Ausdehnung des Eigentümergrundpfandrechtes das Vorrücken der Nachhypothekare zur Ausnahme gemacht sei. Gewiß soll durch das Eigentümergrundpfandrecht aus rein wirtschaftlichen Gründen ein unberechtigtes Vorrücken der nacheingetragenen Gläubiger vermieden werden. Das BGB. stellt dieses aber keineswegs als Prinzip auf. Wenn Oberneck dagegen einwendet, daß es aber im BGB. an einer ähnlichen Bestimmung wie in § 62 des Preuß. E. E. G., das ausdrücklich das Dogma vom Vor-Vorrücken der Nacheingetragenen aufstellte, fehlt, so kann dem nur entgegen gehalten werden, daß dieses Prinzip den Verfassern des BGB. als zu selbstverständlich galt, als daß es noch einer besonderen gesetzlichen Bestimmung bedurft hätte.

Es gibt noch bedeutend mehr Argumente gegen die Ansicht von Oberneck. Nur soviel mag noch gesagt werden, daß das Eigentümergrundpfandrecht, wenn es ein „Ausfluß des Eigentumsrecht des Eigentümers bezüglich der Verwertungsbefugnis der einzelnen Wertteile seines Grundstücks" wäre, bei der Veräußerung des Grundstücks auch auf den neuen Eigentümer übergehen müßte. Nach allem bisher Ausgeführten tritt aber gerade das Gegenteil ein; der frühere Eigentümer bleibt nach wie vor der Berechtigte.

[71]) Z. D. Not. V. Bd. 7 S. 466, 467.
[72]) Beiträge S. 31.

Alle diese Ausführungen zeigen, daß die Oberneck'schen Ansicht nicht zum Ziel führt, weil weder das System des festen Ranges noch die Wertquotentheorie mit den Bestimmungen des BGB. vereinbar sind.[73])

Nahe verwandt mit der von Oberneck aufgestellten Theorie ist die von einer Gruppe von Schriftstellern vertretene Ansicht, wonach das Eigentümergrundpfandrecht als ein besonderes Recht an der eigenen Sache aufzufassen sei. In der Literatur wird dieser „Konstruktionsversuch" auch als Wertteilstheorie bezeichnet. Dazu gehören die Ausführungen von Bruck[74]) und Kindel.[75]) So definiert Bruck (a. a. O. S. 154) das Eigentümergrundpfandrecht als „Formalisierung eines ideellen Wertteils des Grundstücks zum Zwecke der Haftung für eine eventuelle Schuld." Kindel (a. a. O. S. 78) charakterisiert es als die Summe der Befugnisse, welche in das Eigentum zurückgekehrt bezw. bei dem Eigentümer zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten bleiben. Die Hauptvertreter dieser Richtung sind jedoch Endemann und Fuchs. Nach Endemann beruhen Bedeutung und Eigenart des Eigentümergrundpfandrechtes darin, daß ein Teil des Eigentumsinhalt, nämlich das nach Umfang und Rang bestimmt Recht auf den im Zwangsversteigerungsverfahren erzielten Erlös des eigenen Grundstücks, als ein selbständiger Vermögensgegenstand abgesondert wird.[76]) Durch dieses Grundpfandrecht als selbständiges Vermögensstück würde nach seiner Meinung auch am besten der Zweck des Eigentümergrundpfandrechtes erreicht, nämlich die nachstehenden Grundpfandberechtigten zurückzuerhalten, vor allem aber dem Eigentümer den auf ihn bei der Zwangsversteigerung entfallenden Teil des Erlöses zukommen zu lassen. Als weiterer Grund komme hinzu, daß das Eigentümergrundpfandrecht auf diese Weise der Rechtsvereinigung entzogen bleibe und zugleich als eine zur künftigen Uebertragung an einen Dritten geeignete Belastung in Erscheinung trete.[77]) Aehnlich wie Endemann sieht auch Fuchs in der Eigentümerhypothek ein neben dem Eigentum stehendes, in seiner Wirkung sich gegen Dritte richtendes Recht an der eigenen Sache. Während aber Endemann das Eigentümergrundpfandrecht nur formell-rechtlich, also grundbuchmäßig, als Belastung ansieht, gibt Fuchs dem Eigentümer in der Hypothek am eigenen Grundstück ein wirkliches Recht, allerdings nicht gegen sich selbst, sondern gegen Dritte; nämlich das Recht, die nachstehenden Gläubiger abzuwehren und an der Entziehung des Grundstückswerts zu hindern. Der Eigentümer müsse in die Reihe der Realberechtigten eintreten, in die „Hypothek" sukzedieren, um als Eigentümerhypothekar die nachstehenden Real-

[73]) Ebenso Wolff, Biermann, R. G. Z. 60/254; 65/263.
[74]) Die Eigentümerhypothek 1903.
[75]) Betrachtungen über die Eigentümerhypothek a. a. O.
[76]) a. a. O. S. 738.
[77]) Siehe auch Stegner a. a. O. S. 13.

berechtigten von der ihm gebührenden Wertquote zurückhalten zu können.[78])

Gegen alle diese Ansichten ist einzuwenden, daß es neben dem Recht des Eigentümers an der eigenen Sache ein besonders herlaufendes Recht nicht gibt, da dies im Widerspruch mit dem vom BGB. aufgestellten Eigentumsbegriff steht. Das Eigentum ist vielmehr das Recht auf höchstmöglichste Herrschaft über eine Sache. Oder wie Gierke[79]) ganz richtig sagt, es kann das Eigentum nicht schrankenlos sein, da die Rechtsordnung im Interesse des friedlichen Nebeneinanderlebens gerade eine möglichst scharfe Umgrenzung des Eigentumsbegriffs geben muß. Es ist deshalb unmöglich, dem Eigentümer einen über den Inhalt des Eigentumsrechts hinausgehenden Rechtsvorteil zu bieten, da dieses Recht in seinem begrifflichen Inhalt weder ausgedehnt oder sonst geändert werden kann. Damit ist also auch die Ansicht dieser Gruppe abzulehnen, da sie keine befriedigende Lösung unseres Problems zu geben vermag.

§ 11: Das Eigentümergrundpfandrecht ist ein wirkliches Pfandrecht, (so h. M.)

Nach der in der Theorie und Rechtsprechung überwiegend vertretenen Ansicht ist das Eigentümergrundpfandrecht ein wirkliches Grundpfandrecht. Allerdings bestehen auch in dieser Gruppe Meinungsverschiedenheiten. So wird das Eigentümergrundpfandrecht von Planck[80]), Eck[81]), und Dernburg[82]) als wirkliche Hypothek bezeichnet, während es das R. G.[83]) als eine Belastung des Grundstücks, ebenso wie die gewöhnliche Grundschuld ansieht; allerdings mit dem Unterschied, daß sie nicht einem Dritten, sondern dem Eigentümer selbst zusteht, und daß gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 2 für sie in Ansehung der Verzinslichkeit des Zinsfußes usw. die Bestimmungen maßgebend sind, die für die durch die Hypothek gesicherte Forderung getroffen wurden. Dazwischen steht noch eine Meinung[84]), die das Eigentümergrundpfandrecht als hypothekengleiche Belastung des Grundstücks auffaßt, die in ihren rechtlichen Wirkungen von einer wirklichen Hypothek nur insofern abweiche, als es das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Gläubigers erfordere.

Die Anhänger der Theorie von dem wirklichen Grundpfandrecht gehen bei der Begründung ihrer Ansicht zunächst von dem Wesen des Pfandrechts aus. Sie greifen dabei auf eine bereits von Brinz[85]), Amira und Puntschart und später auch von Ende-

---

[78]) a. a. O. S. 520 ff.
[79]) a. a. O. S. 363.
[80]) a. a. O. S. 513.
[81]) a. a. O. S. 309 ff.
[82]) a. a. O. § 209 Ziff. 3 S. 617.
[83]) R. G. Z. 70/357.
[84]) Kretzschmar, Bemerk. 2 zu § 1163; K. G. I. 27 A 130;
[85]) Vgl. Bruck a. a. O. S. 144.

mann[86]), Dernburg[87]), Bruck[88]) und anderen aufgestellten Definition zurück, die das Wesen der Pfandrechte in der rechtlichen Gebundenheit des Pfandgutes, kraft welcher dieses dem Gläubiger für eine Schuld, ein Leisten-sollen, einstehen soll, erblicken. Da wie weiter oben ausgeführt ist, beim Eigentümergrundpfandrecht bereits durch die Eintragung eine Haftung des ganzen Grundstücks und nicht nur einzelnen Quoten oder Wertteile derselben eingetreten ist, so wäre damit das Erfordernis der rechtlichen Gebundenheit des — ganzen — Grundstücks gegeben. Die Hauptstütze findet diese Meinung jedoch im Gesetz selbst. Denn das Eigentümergrundpfandrecht wird vom Gesetz als wirkliches Grundpfandrecht angesehen[89]), und zwar wird es überall als solches bezeichnet.[90]) Vor allem in § 1163: . . „so steht die Hypothek dem Eigentümer zu". Selbst in dem Fall, daß man sich, wie es die h. M. tut, auf den Stanpunkt dtellt, das Eigentümergrundpfandrecht sei keine Hypothek, sondern Grundschuld, so ist auch durch die Bezeichnung Grundschuld schon deren pfandrechtlicher Charakter gegeben. Die herrschende Lehre zieht nun daraus den Schluß, daß das Eigentümergrundpfandrecht ein wirkliches, wenn auch etwas beschränktes Grundpfandrecht an der eigenen Sache sei. Dann aber schießt sie über das Ziel hinaus, indem behauptet wird (vor allem von M. Wolff), daß das Eigentümergrundpfandrecht als wirkliches Grundpfand ein Verwertungsrecht wie jede andere Grundschuld gewähre. Wolf begründet diese Ansicht damit, daß, obwohl dem Berechtigten das Recht, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben, fehle, damit noch keineswegs das Verwertungsrecht des Berechtigten geleugnet sei. Vielmehr sei es nur an gewissen Voraussetzungen gebunden, an die auch das Verwertungsrecht anderer Grundschuldgläubiger gebunden sein könne, ohne daß damit aber die Grundschuld ihren Charakter als solche verliere.[91])

§ 12: Das Eigentümergrundpfandrecht ist kein Verwertungsrecht, sondern nur ein Erwerbsrecht, ein Recht auf Zwangserlös.

Sicher ist an der h. M. soviel richtig, daß das Eigentümergrundpfandrecht ein wirkliches, auch vom Gesetz als solches bezeichnetes Grundpfandrecht ist. Hier muß nun die Prüfung fortgesetzt werden. Fragen wir also zunächst das Gesetz, wie dieses die anderen Grundpfandrechte, Hypothek und Grundschuld definiert. Nach § 1113 hat derjenige, zu dessen Gunsten das Grundstück belastet ist, ein Recht „Zahlung aus dem Grundstück" zu verlangen.[92]) Das gleiche besagt § 1191 für die Grundschuld. An keiner Stelle spricht also das BGB. etwa von

[86]) a. a. O. S. 713.
[87]) a. a. O. S. 616.
[88]) a. a. O. S. 151.
[89]) Siehe auch Leonhard a. a. O. S. 147.
[90]) Vgl. §§ 1163, 1168, 1170, 1172, 1177.
[91]) a. a. O. S. 533.
[92]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 147.

einem Verwertungsrecht[93]), sondern nur von einem Recht auf „Zahlung aus dem Grundstück". Der Gläubiger soll das Recht haben, in der Zwangsversteigerung einen auf ihn entfallenden Teil des Zwangserlöses in Empfang zu nehmen. Gehört nun zu der gewöhnlichen Hypothek noch das Recht des Gläubigers, die Zwangsvollstreckung zu veranlassen, so hat der Berechtigte in diesem Fall normalerweise noch etwas mehr; er hat ein wirkliches Verwertungsrecht. Denn es ist ihm die Möglichkeit gegeben, sich durch Verwertung einer bestimmten Sache zu befriedigen.[94]) Da aber dem Inhaber eines Eigentümergrundpfandrechtes dieses Recht ausdrücklich genommen ist (§ 1197), so hat er damit weniger Rechte als der gewöhnliche Hypothekar. Er hat nur die in § 1113, 1197 angeführten allgemeinen Befugnisse. Auch hier noch von einem Verwertungsrecht zu sprechen, hieße also dem Eigentümerhypothekar mehr Rechte geben, als er in Wirklichkeit besitzt und die seiner Stellung entsprechen.

Aber auch der Wortsinn und der Sprachgebrauch[95]) des Begriffes „Verwertungsrecht" zeigen in einleuchtender Weise, daß die h. M. zu hoch gegriffen hat. Derjenige, der eine Sache „verwerten" darf, kann damit anfangen was er will, um sich ihren Wert zu verschaffen. Er kann sie veräußern, belasten oder irgend etwas anderes unternehmen, um sich daraus zu befriedigen. Fehlt ihm aber die Befugnis, selbst aktiv vorzugehen, um sein Recht „verwerten" zu können, dann sind ihm eben in dieser Hinsicht die Hände gebunden. Es hieße sich aber über die allgemein anerkannten Sprachregeln und den allgemeinen Sprachgebrauch einfach hinwegsetzen, würde man auch in diesem Falle noch von einem Verwertungsrecht sprechen.

Wenn aber das Eigentümergrundpfandrecht kein Verwertungsrecht, andererseits aber doch ein Grundpfandrecht ist, so muß noch gesagt werden, zu welcher Gruppe von Rechten es denn gehört. Es ist ein Erwerbsrecht[96]), ein Recht auf Zwangserlös. Der Berechtigte kann in einer anderweitig betriebenen Zwangsversteigerung wie jeder andere Grundpfandgläubiger an der Verteilung des Zwangserlöses teilnehmen. Denn er hat ein Recht auf „Zahlung aus dem Grundstück". Ein solches Recht aber, etwas entgegenzunehmen, kann man nur Erwerbsrecht nennen, und da es sich dabei um Empfangnahme eines Teiles des Zwangserlöses handelt, so kann man es auch als Recht auf Zwangserlös bezeichnen.

Das Eigentümergrundpfandrecht ist also ein wirkliches Grundpfandrecht, und als solches ein Erwerbsrecht, ein Recht auf Zwangserlös.

---

[93]) Nach Zitelmann und den meisten ist Pfandrecht = Verwertungsrecht. II S. 563.
[94]) Vgl. Zitelmann II S. 563.
[95]) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 78.
[96]) Vgl. Leonhard S. 147.

Lebenslauf.

Ich bin am 23. Juli 1905 in Bochum als Sohn des Gastwirts Heinrich Bauer und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Düppe geboren. Von Ostern 1911 bis 1915 besuchte ich die Volksschule und von dann die Oberrealschule II zu Bochum. Im Mai 1923 ging ich, durch den Einmarsch der Franzosen ins Ruhrgebiet gezwungen, nach Berlin zur staatl. Bildungsanstalt in Berlin-Lichterfelde. Hier bestand ich im März 1924 das Abiturienten-Examen. Bis zu Beginn des W. S. 1924/25 arbeitete ich als Praktikant, um dann nach München zu gehen und an der dortigen Techn. Hochschule 4 Semester zu studieren. Seit dem W. S. 1926/27 studierte ich 6 Semester Jura, und zwar zunächst in München und die letzten 5 Semester in Marburg. Am 25. Januar 1930 bestand ich in Kassel die erste juristische Prüfung. Meine Dissertation reichte ich bei der juristischen Fakultät in Marburg am 5. Juli 1930 ein. Die mündliche Prüfung bestand ich am 24. Juli 1930.